

ORGANIZAÇÃO **LARISSA RAMINA**

LAWFARE E AMÉRICA LATINA

A GUERRA JURÍDICA NO CONTEXTO DA GUERRA HÍBRIDA

FEMENAGEM A **CAROL PRONER**

COLEÇÃO MULHERES NO
DIREITO INTERNACIONAL
VOLUME III



EDITORA ÍTHALA

© 2022 Editora Íthala

CONSELHO EDITORIAL

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

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

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

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

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade

Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

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

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

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

L417 **Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida / Larissa Ramina - Curitiba: Íthala / GRD, 2022.**
v.3, p. 673-1016; 22,5cm (Coleção Mulheres no Direito Internacional)

Vários colaboradores

DOI: 10.29327/560066

ISBN: 978-65-995278-3-8 [e-book]

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

CDD 341.1 (22.ed)

CDU 341

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

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

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral

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

ORGANIZAÇÃO **LARISSA RAMINA**

LAWFARE

E AMÉRICA LATINA

A GUERRA JURÍDICA NO CONTEXTO DA GUERRA HÍBRIDA



Grupo INTER



Apoio:



FEMENAGEM A **CAROL PRONER**

COLEÇÃO MULHERES NO
DIREITO INTERNACIONAL

VOLUME III



**EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2022**

LAWFARE E AMÉRICA LATINA
A GUERRA JURÍDICA NO CONTEXTO DA GUERRA HÍBRIDA
FEMENAGEM A **CAROL PRONER**
COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL
VOLUME III



Grupo INTER

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



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



UFPR

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

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

Apoio:



INSTITUTO
**JOAQUÍN
HERRERA
FLORES**

ORGANIZAÇÃO

Larissa Ramina

COLABORADORES

Alejandro Médici

Ana Paula Lemes de Souza

Breno Altman

Charlotth Back

Cristiano Paixão

Eugenio Raúl Zaffaroni

Fabiano Silva dos Santos

Fernando Hideo Iochida Lacerda

Francisco José Infante Ruiz

Geraldo Prado

Gustavo Conde

João Pedro de Moraes Lima Vieira

Joaquim de Carvalho

José Carlos Moreira da Silva Filho

Juan Cruz Vallefín

Juarez Tavares

Lenio Luiz Streck

Lia Raquel Sousa Rabelo Fernandes

Luis Nassif

Luiz Carlos da Rocha

Prudente José Silveira Mello

Rafael Valim

Rosangela Lunardelli Cavallazzi

Sayonara Grillo

Walfrido Warde

Yanne Teles

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

SUMÁRIO VOLUME I

INTRODUÇÃO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO E DA FEMENAGEADA

A “COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL” E SUAS ‘FEMENAGEADAS’	13
<i>Larissa Ramina</i>	
FEMENAGEM A CAROL PRONER	17
<i>Larissa Ramina</i>	

PALAVRA DE PRESIDENTA

ESTA OBRA FAZ JUS A VOCÊ, CAROL PRONER	25
<i>Dilma Rousseff</i>	

PALAVRAS DE COMPANHEIRXS

SAUDAÇÃO A CAROL PRONER	31
<i>Boaventura de Sousa Santos</i>	
UMA PARCERIA INTELLECTUAL E AFETIVA.....	33
<i>Celso Amorim</i>	
PRESENTACIÓN.....	35
<i>Francisco José Infante Ruiz</i>	
CAROL PRONER E A LUTA PELA DEMOCRACIA	37
<i>Gisele Cittadino</i>	
CONSTRUINDO BARRICADAS.....	39
<i>Gisele Ricobom Manuel E. Gândara Carballido</i>	
RESISTÊNCIA E AFETO	41
<i>Kakay (Antonio Carlos de Almeida Castro)</i>	
FEMENAGEM À CAROL PRONER	43
<i>Kenarik Boujikian</i>	
UM TRIBUTO MERECIDO.....	47
<i>Marco Aurélio de Carvalho</i>	

PARTE 1

LAWFARE E AMÉRICA LATINA

ÉTATS-UNIS-AMÉRIQUE LATINE: QUELLES PERSPECTIVES APRÈS L'ÉLECTION DE JOE BIDEN ?.....	53
<i>Christophe Ventura</i>	

LAWFARE NA AMÉRICA LATINA: O CAMINHO DO NECROCAPITALISMO PARA O NEOFASCISMO	63
<i>João Ricardo Dornelles</i>	
OS DEZ PRINCIPAIS MOTIVOS DO GOLPE CONTRA DILMA E O SENTIMENTO DE CULPA (AINDA SEM AUTOCRÍTICA) DOS GOLPISTAS.....	77
<i>Leonardo Attuch</i>	
LAWFARE CONTRA EVO MORALES: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA “GUERRA JURÍDICA” NA AMÉRICA LATINA	79
<i>Diogo Bacha e Silva Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira</i>	
LAWFARE E O DESMONTE DO DESENVOLVIMENTISMO NA AMÉRICA LATINA.....	105
<i>Marta Skinner</i>	
EE.UU. Y EL LAWFARE EN AMÉRICA LATINA.....	133
<i>Silvina Romano</i>	

PARTE 2

LAWFARE COMO ESPÉCIE DA GUERRA HÍBRIDA

O FUTURO (PASSADO E PRESENTE) NA GUERRA HÍBRIDA E A INSUFICIÊNCIA IMUNOLÓGICA PSÍQUICA DA AMÉRICA LATINA FRENTE AO BIG BROTHER.....	159
<i>Fernando Augusto Henriques Fernandes</i>	
LAWFARE Y GUERRA MEDIÁTICA	171
<i>Francisco Sierra Caballero</i>	
LAWFARE: UMA HIDRA COM VÁRIAS CABEÇAS.....	197
<i>Jânia Saldanha</i>	
LAWFARE E CONTEXTO HISTÓRICO: OS EUA E A CONSTRUÇÃO GRADATIVA DA ESTRUTURA NORMATIVA E INSTITUCIONAL PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO	215
<i>Larissa Ramina</i>	
THE INTER-AMERICAN TREATY OF RECIPROCAL ASSISTANCE (TIAR) AND THE NEW CONDOR PLAN IN THE AMERICAN CONTINENT.....	257
<i>Larissa Ramina Gisele Ricobom</i>	
LAWFARE, GUERRA HÍBRIDA Y WHATSAPPERIZACIÓN DE LA POLÍTICA	269
<i>María José Fariñas Dulce</i>	
A GUERRA HÍBRIDA NOS PAÍSES INSURGENTES. OU O NOVO VOO DO CONDOR, AGORA MASCARADO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	279
<i>Amr Hdiefa André Passos Tatyana Scheila Friedrich</i>	

SUMÁRIO VOLUME II

PARTE 3

LAWFARE E A TRAGÉDIA NEOLIBERAL

LAWFARE Y LEX MERCATORIA: EL MOMENTO AUTORITARIO DEL NEOLIBERALISMO (Y EL CASO DE ECUADOR COMO EJEMPLO).....	293
<i>Adoración Guamán</i>	
NEOLIBERALISMO E LAWFARE NO BRASIL	311
<i>Alexandre Bernardino Costa Leonardo Cunha de Brito</i>	
DE LÍDER A PÁRIA DE LA SALUD GLOBAL: BRASIL COMO LABORATORIO DEL “NEOLIBERALISMO EPIDEMIOLÓGICO” EN FACE DE LA COVID-19	337
<i>Deisy de Freitas Lima Ventura Flávia Thedim Costa Bueno</i>	
A RELEVÂNCIA DE UM SISTEMA PÚBLICO DE PROTEÇÃO AO TRABALHO QUE A TODOS INCORPORE: AS REFORMAS LIBERALIZANTES EM TEMPOS DE LAWFARE E DE ANTÍGONAS RESIGNIFICADAS	365
<i>Magda Barros Biavaschi Bárbara Vallejos Vazquez</i>	
GUERRAS JURÍDICAS (LAWFARE), CONTEXTOS Y PRE-TEXTOS.....	387
<i>Manuel E. Gándara Carballido</i>	
IMPERATIVO NEOLIBERAL, AUTORITARISMO E DEBILITAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: GOVERNO BOLSONARO E O APROFUNDAMENTO DA CRISE CONSTITUCIONAL NO BRASIL	401
<i>Mauro de Azevedo Menezes</i>	
A ARTE NEOLIBERAL DE PERSEGUIR INIMIGOS: LAWFARE E CONTROLE DOS INDESEJÁVEIS.....	419
<i>Rubens R. R. Casara</i>	

PARTE 4

LAWFARE E CRISE DA DEMOCRACIA

INTERPRETACIÓN, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LAWFARE. EL PAPEL DE LA DERECHA EN LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA	433
<i>Baltasar Garzón Real</i>	
LAWFARE E ACCOUNTABILITY JURISDICCIONAL NO CONTEXTO DA CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA.....	445
<i>João Paulo Allain Teixeira</i>	

LAWFARE, OU “PARA OS INIMIGOS, A LEI!”	459
<i>Juliana Neuenschwander Marcus Giraldes</i>	
LAVA JATO E LAWFARE NO BRASIL	471
<i>Marcelo Ribeiro Uchôa</i>	
AUTORITARISMO LÍQUIDO E LAWFARE	481
<i>Pedro Estevam Alves Pinto Serrano Anderson Medeiros Bonfim</i>	
LAWFARE E A CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL.....	503
<i>Ricardo Lodi Ribeiro</i>	
ESTADO DE EXCEÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	519
<i>Rogério Dultra dos Santos</i>	
A LUTA DE CAROL PRONER CONTRA O GOLPE DE 2016 E O LAWFARE NO BRASIL	551
<i>Tiago Resende Botelho</i>	

PARTE 5

LAWFARE E PATRIARCALISMO

VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO E LAWFARE NO BRASIL	577
<i>Gabriela Shizue Soares de Araujo</i>	
POLÍTICA E IDEOLOGIA: O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF	601
<i>Mayra Martins Cardozo José Eduardo Martins Cardozo</i>	
CAROL PRONER: INTELLECTUAL E MILITANTE DA DEMOCRACIA, DA JUSTIÇA E DOS DIREITOS HUMANOS.....	623
<i>José Geraldo de Sousa Junior</i>	
MISOGINIA E POLÍTICA: O PATRIARCAPITALISMO EM AÇÃO NO BRASIL DO GOLPE	655
<i>Marcia Tiburi</i>	

SUMÁRIO VOLUME III

PARTE 6

LAWFARE E LAVA JATO

MESSIAS TOGADOS: DIREITO, POLÍTICA E MORALIDADES NO CASO LULA DA SILVA.....	685
<i>Ana Paula Lemes de Souza</i>	
POR QUE O STF ESTÁ ENFRENTANDO A LAVA JATO?	719
<i>Breno Altman</i>	
O LAWFARE BRASILEIRO E A LEI DA FICHA LIMPA	723
<i>Charloth Back Yanne Teles</i>	
LAWFARE NOS FUNDOS DE PENSÃO	739
<i>Fabiano Silva dos Santos</i>	
10 EVIDÊNCIAS DA PERSEGUIÇÃO DE MORO A LULA	757
<i>Gustavo Conde</i>	
EU ESTAVA COM WALTER DELGATTI QUANDO O MINISTRO DO STF DETONOU A LAVA JATO.....	765
<i>Joaquim de Carvalho</i>	
LAWFARE: COMO DETECTAR OS SINTOMAS DESSE CORONAJURIS.....	769
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
LAWFARE: DE GETÚLIO VARGAS E PRESTES A LULA	783
<i>Luiz Carlos da Rocha</i>	
O HACKER DA VAZAJATO E A TRAMA MACABRA	811
<i>Luis Nassif</i>	
ABUTRES E INGÊNUOS	813
<i>Walfredo Warde Rafael Valim</i>	

PARTE 7

LAWFARE E DIREITO PENAL (DE EXCEÇÃO)

PENAS ILÍCITAS: UN DESAFÍO A LA DOGMÁTICA PENAL	819
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: A CURVA AUTORITÁRIA DO MENSALÃO AO BOLSONARISMO	847
<i>Fernando Hideo Iochida Lacerda</i>	

LAVA-JATO E PROCESSO PENAL EM UMA DAS ABORDAGENS ECONÔMICAS DO DIREITO	861
<i>Geraldo Prado</i>	
A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO	879
<i>Juarez Tavares</i>	

PARTE 8

LAWFARE E DIREITOS HUMANOS

NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA VERDAD EN TIEMPOS DE LAWFARE	905
<i>Alejandro Médici Juan Cruz Vallefin</i>	
ENTRE NOSTALGIA E MEMORICÍDIO: O JUDICIÁRIO E A VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	925
<i>Cristiano Paixão</i>	
EL "LAWFARE DEL ORDEN PÚBLICO": UNA INSTRUMENTALIZACIÓN PELIGROSA Y LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	943
<i>Francisco José Infante Ruiz</i>	
LAWFARE E DANOS SOCIAIS NO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF EM 2016	957
<i>José Carlos Moreira da Silva Filho Lia Raquel Sousa Rabelo Fernandes</i>	
LAWFARE À BRASILEIRA: ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA, DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO NACIONAL E PREJUÍZOS À CLASSE TRABALHADORA	977
<i>Prudente José Silveira Mello João Pedro de Moraes Lima Vieira</i>	
DIREITOS SOCIAIS E SUA DESCONSTRUÇÃO: ENSAIO REFLEXIVO SOBRE A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA	995
<i>Rosângela Lunardelli Cavallazzi Sayonara Grillo</i>	

LAWFARE
E LAVA JATO

PARTE 6

MESSIAS TOGADOS: DIREITO, POLÍTICA E MORALIDADES NO CASO LULA DA SILVA

Ana Paula Lemes de Souza¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. MESSIAS TOGADOS; 2. MESSIANISMO CARTOGRAFADO; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, articulamos pesquisa empírica, para enfrentarmos algumas questões relacionadas à crescente politização do direito, notadamente quanto às sensibilidades jurídicas locais,² a partir da cartografia do caso de Lula conhecido como “Triplex do Guarujá”.

Ao analisarmos os fazeres da sala de audiências e as tramas discursivo-processuais nas quais permeia a figura dos “messias togados”, descreveremos o uso estratégico do direito, tentando responder à seguinte questão: como se articula, nos autos do caso judicial “Triplex do Guarujá”, a messianização dos atores do judiciário?

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br>

² Para usar nomenclatura de Geertz. Cf. GEERTZ, Clifford James. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. *In*: _____. *O Saber Local*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998, p. 249-356.

Sistematizamos o processo do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva por ser exemplar do uso instrumental do direito. Revestido pela seletividade persecutória, notabilizou-se pela articulação de dispositivos jurídicos-políticos de grandes impactos sociais, com teorias estranhas à análise meramente jurídica, abrangendo complexa teia de inovações em teses jurídicas para atender a interesses políticos momentâneos. O seu caso oferece o modelo de como o combate à corrupção, associado à espetacularização do processual penal e à antecipação da culpa, mobiliza a opinião pública, gerando, por meio do discurso pretensamente “neutro” e “apolítico” do direito, a politização estratégica do social.

O caso de Lula é paradigmático da instrumentalização política do processo penal e da persecução política do inimigo, o que autores como Proner³ e Carlés⁴ chamam de *law fare*, a partir de nomenclatura proposta pelo general da força aérea dos EUA Dunlap Jr.⁵ ao caracterizar o uso do direito como arma de guerra, para obter resultados que, normalmente, exigiriam a força militar. Segundo o general, essa técnica colonial, nascida com as potências imperiais, continua sendo usada em contextos pós-coloniais, para propósitos similares, podendo se condenar sem provas, por mera convicção do julgador.

O manejo do direito, em contextos geopolíticos que extrapolam a análise estritamente jurídica, nos processos judiciais de Lula, foi tema problematizado em diversas obras coletivas,⁶ em especial a partir dos desdobramentos ocorridos com o vazamento das mensagens do Telegram, na série de reportagens investigativas da “Vaza Jato”, iniciadas pelo portal The Intercept Brasil, que adicionaram novas camadas, mostrando excepcionalidades e nuances particulares que permearam as relações entre os atores da Lava Jato.⁷

³ PRONER, Carol. *Lawfare* como herramienta de los neofascismos. In: GUAMÁN, Adoración; ARAGONES, Alfons; MARTÍN, Sebastián. *Neofascismo: La bestia neoliberal*. Madrid: Siglo XXI, 2019.

⁴ CARLÉS, Roberto Manuel. *Guerras jurídicas y derecho penal del enemigo político*. Artigo apresentado na 8ª Conferencia Latinoamericana de Ciencias Sociales – Primer Foro Mundial del Pensamiento Crítico, realizada en Buenos Aires, noviembre de 2018.

⁵ DUNLAP JR., Charles. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Artigo apresentado na Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 2001.

⁶ Sobre o tema, ver, especialmente: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coords.). *O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017; STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de (Orgs.). *O livro das suspeições*. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020; STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (Orgs.). *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021; GONÇALVES, Mirian et al. (Coords.); MILEK, Camila; RIBEIRO, Ana Júlia (Orgs.). *Relações indecentes*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

⁷ GREENWALD, Glenn et al. As mensagens secretas da Lava Jato. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://bit.ly/2zyPOdT>. Acesso: 09 jun. 2019.

Autores como Estrada e Bourcier⁸ aprofundaram o argumento, desdobrando as redes internacionais da Lava Jato, relacionando-as com as estratégias de redução da influência do Brasil, notadamente quanto ao posicionamento das empresas brasileiras do ramo da construção civil, como Odebrecht, OAS e Camargo Correa. Por meio das relações exteriores dos envolvidos na força-tarefa com entidades estadunidenses, com destaque para a relação entre o Department of Justice (DoJ) e o Ministério Público federal e, ainda, para o treinamento promovido pelo “Projeto Pontes”, em 2009, os aparelhos de justiça foram mobilizados para controlar a projeção geopolítica brasileira na América Latina e África.

O uso estratégico do direito não é exclusividade do Brasil. Os pesquisadores Gloeckner e Silveira⁹ apontam a transnacionalização do fenômeno e a ligação umbilical da pauta anticorrupção com a racionalidade neoliberal, para utilizar nomenclatura de Laval e Dardot.¹⁰ A corrupção é apresentada como um mal essencialmente público e o direito como um tipo de panaceia a promover a limpeza dos agentes da política, construídos no imaginário popular como “sujos” e “imundos”, cabendo aos juízes e promotores o restabelecimento da moralidade administrativa das esferas corrompidas e carcomidas do Estado, das quais, por força dos concursos públicos, os atores do judiciário estariam tecnicamente excluídos.

Na sensibilidade jurídica brasileira, o fenômeno de moralização messiânica da política adquire traços singulares, que perpassam a complexa teia discursiva e processual desde a operação Satiagraha, em 2004, a ação penal 470, do Mensalão, no STF, em 2007, até, finalmente, alcançar a deflagração da Lava Jato, iniciada em março de 2014, perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, passando pelo *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, em 2016. Destacamos o incremento da cobertura midiática, da publicização seletiva dos atos judiciais e a ampliação dos meios de investigação e de obtenção de prova. Entendemos que uma das formas de mobilização estratégica do direito se deu pelo preenchimento de lacunas, por meio das delações premiadas e da mobilização da opinião pública, através de alianças pontuais com a mídia.

Esses agenciamentos transformaram as figuras clássicas dos burocratas concursados do judiciário em atores de alta relevância no cenário político nacional, espécie de “faxinei-

⁸ Os autores sustentam que a Lava Jato, que se propunha ser a maior operação contra a corrupção do mundo, converteu-se no maior escândalo judicial da história. Cf. ESTRADA, Gaspard; BOURCIER, Nicolas. Le naufrage de l'opération anticorruption «Lava Jato» au Brésil. *Le Monde*, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/UjVQVE>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹ Sobre o tema, ver: GLOECKNER, Ricardo J.; SILVEIRA, Felipe L. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1135-1174, set./dez. 2020

¹⁰ LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *La pesadilla que no acaba nunca: El neoliberalismo contra la democracia*. Barcelona: Gedisa, 2017.

ros morais”¹¹ que passaram a estampar camisetas, capas de revistas, manchetes em jornais e cartazes e que, como Caronte, através da moeda da “luta anticorrupção” colocaram-se como agentes da moralidade administrativa, figuras aptas a promover a morte da “política tradicional” e a inaugurar um “novo mundo”, conduzindo a um futuro mais “limpo”.

Não se trata do nosso objetivo captar as macrorredes da politização do direito, em seus aspectos históricos, institucionais e internacionais, fenômeno denso e intrincado que engloba mudanças legislativas, criação, proliferação e modificação de agências e instituições de *accountability*, além de alianças inesperadas do poder judiciário com a mídia. Não pretendemos, nem de longe, esgotar essa temática, que implica tantos conceitos, procedimentos e instituições que reagregaram o social, para falar como Latour,¹² transformando a pauta do “combate à corrupção” em agenda política internacional.

Também não iremos nos debruçar sobre temas que já foram densamente explorados quanto ao caso de Lula, sendo nosso objetivo bem mais modesto: desdobrar as redes e seguir os atores que perpassam o processo de Lula conhecido como “Triplex do Guarujá”. Buscamos descrever, nos fazeres da sala de audiência e nas tramas jurídico-processuais, como o direito passa a ser mobilizado, sendo apresentado como um tipo de panaceia contra todos os males, tendo como moeda de Caronte o discurso anticorrupção, que atua como um tipo de transporte a transformar os papéis atribuídos aos burocratas concursados do judiciário.

Tangenciando as relações entre direito, políticas e moralidades do caso Lula, destacamos a figura dos “messias togados”, através da análise mais detida de dois momentos do processo: o interrogatório de Lula e a decisão produzida pelo então juiz federal Sérgio Moro, além dos acórdãos que se seguiram, mapeando o território em suas múltiplas teias, identificando os actantes, os fluxos hierarquizados, as tramas e os saberes envolvidos na fabricação do direito,¹³ com o auxílio da cartografia das controvérsias,¹⁴ pela perspectiva teórico-metodológica da investigação dos modos de existência (IME), de Latour.¹⁵

¹¹ Para usar nomenclatura encontrada em Fontainha e Lima. FONTAINHA, Fernando; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do Mensalão à Lava Jato. In: KERCHER, Fábio; FERES Júnior, João; et al. (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

¹² LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Salvador, BA: Edufba, 2012; Bauru, São Paulo, SP: Edusc, 2012.

¹³ LATOUR, Bruno. *A fabricação do direito*. Um estudo de etnologia jurídica. Traduzido por Raquel Mene-guello. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

¹⁴ VENTURINI, Tommaso. *Piccola introduzione ala cartografia dela controversie*. Etnografia e ricerca qualitativa. 2008. Disponível em: <https://bitly.com/Cumqck>. Acesso em: 27 mai. 2021.

¹⁵ LATOUR, Bruno. *Investigação sobre os modos de existência*. Uma antropologia dos modernos. Traduzido por Alexandre Agabiti Fernandez. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

Como objetivos específicos, propomos: a) esclarecer os recursos metodológicos empregados durante a pesquisa, bem como situar, nos processos históricos, a politização do judiciário; b) descrever, por meio da etnografar da audiência e da análise dos autos processuais, a postura da magistratura no caso Lula.

A primeira parte, portanto, visa a adubar o terreno para o empreendimento etnográfico que tentaremos desdobrar na segunda.

1 MESSIAS TOGADOS

Nesse trabalho, buscamos descrever o social, através das minúsculas associações na Lava Jato, versão mais aperfeiçoada e recente desse processo “messiânico”, conceito que temos tentado desenvolver, para fins de pôr em evidência a crescente politização do poder judiciário, que transforma os agentes burocratas concursados do poder judiciário, notadamente os membros do Ministério Público e da Magistratura, em notórios atores políticos.

Mais especificamente, centrando nossas análises no recorte da etnografia institucional e tendo como foco de pesquisa a figuração dos “messias togados”, descrevemos a postura do decisor durante o interrogatório e sentença do então réu Luiz Inácio Lula da Silva, ex-presidente da República, e, depois, nos dispositivos decisórios da cadeia recursal.

Utilizamos triangulação metodológica para realização do trabalho, associando análise dos autos processuais com a etnografia dos atores. De início, buscamos trabalhar com o processo em si, de forma a lidar com a face pretensamente mais neutra do “Estado”, centrando nossas análises na face “pública”, consistente na narrativa oficial do processo, na qual se encontra a interface mais óbvia, mas nem por isso mais explorada, da relação entre administração e sujeitos administrados. Após, tentamos captar, por meio da etnografar, outras densidades. Além disso, como forma de “amarrar” as duas estratégias metodológicas, para fins de composição do acervo, fizemos uma entrevista com o escritório de advocacia Teixeira Zanin Martins Advogados, que representou Lula nos processos, especificamente com a advogada Valeska Teixeira Zanin Martins.

Optamos pela cartografia de controvérsias, com inspiração em Latour, de forma a captar densidades menos óbvias. Ao centrarmos nossas análises nos momentos processuais em si e seguirmos os atores, deixamos de fora alguns desdobramentos extraprocessuais importantes, como a nomeação e futura exoneração do ex-juiz Sérgio Moro como ministro de justiça e da segurança pública no governo de Jair Messias Bolsonaro, no intercurso do processo de Lula, cuja atividade jurisdicional foi decisiva para os desdobramentos

que culminaram na sua nomeação como ministro, pois, enquanto magistrado, sentenciou no processo que impediu Lula de concorrer, que figurava como o principal oponente nas urnas de Bolsonaro. Também ficaram de fora alguns aspectos relevantes, como os agenciamentos que buscaram consolidar o projeto político da “fundação anticorrupção”, por parte da Lava Jato, frustrada por intervenção do ministro do STF Alexandre de Moraes, na ADPF 568, que ordenou o bloqueio de valores já depositados pela Petrobrás na conta da 13ª Vara Federal de Curitiba, com intervenção de Raquel Dodge, procuradora geral da República.

De outro lado, ao centrarmos nossas análises no recorte de apenas um processo, foi possível analisar os vazios e os intervalos discursivos, que indicam a dinâmica própria de negociação entre falas e silêncios, bem como conseguimos observar como se compôs, no direito em ação,¹⁶ a relação entre administração e administrados, arquivada nas mazelas da burocracia. Assim, conseguimos entender como o direito foi mobilizado e “despolitizado”, pretensamente despido de sua carga ideológica, desenhando, nas narrativas do processo, a politização do juiz, convertido, na sequência, em ministro, bem como a forma na qual a “luta contra a corrupção” converteu-se em pauta política. Em suma: a pesquisa nos propiciou a percepção dos atores da “cruzada contra a corrupção” no contexto de suas atuações.

Na análise descritiva do uso estratégico do direito, foram essas realidades parciais que interessaram à pesquisa, realidades que são construídas no processo e junto com ele. Falando com Vianna,¹⁷ a análise dos autos processuais pôde permitir entender como os objetos são construídos, sendo, também, construtores de realidades, autoridades e formas de intervenção administrativa. Enquanto narrativas produzidas por outras narrativas, compostas de audiências, papéis, decisões e burocracias, permitiu-nos ver “de dentro” como a “luta contra a corrupção” foi sistematizada e narrada nos aparelhos da administração estatal, criando realidades que passaram a circular nas instâncias burocráticas do Estado.

Essa interface nos interessou particularmente, já que o campo de pesquisa propiciou, por meio das decisões e do interrogatório, o entendimento de como se configuraram atores e posições e de como se promoveu a pretensa neutralização do direito em relação à política, performatizando e engendrando posições nas malhas judiciais, construindo “messias togados”.

¹⁶ FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros. Apresentação. Por uma sociologia empírica do direito. In: _____. *Sociologia Empírica do Direito*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 9-20.

¹⁷ VIANNA, Adriana de R. B. Quem deve guardar as crianças? Dimensões tutelares da gestão contemporânea da infância. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Org.). *Gestar e gerir*. Estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002.

Ao focalizar na audiência processual e nos artefatos decisórios, no âmbito da Lava Jato, buscamos responder à seguinte problemática de pesquisa: como se articula a “messianização” dos atores do poder judiciário?

Com o nome “messias togados”, queremos pôr em evidência esse aspecto, ressaltando a função messiânica de moralização da política que o poder judiciário tomou para si, casualmente sugerida na própria nomenclatura Lava Jato, assim como na *Mani Pulite* (“Mãos Limpas”), ocorrida na Itália, que serviu de inspiração ou modelo para a operação brasileira, em que ao direito caberia, em tese, a função de “limpar” ou “purificar” a política. A operação italiana Mãos Limpas, ocorrida durante a década de 1990, inspirou a brasileira Lava Jato, segundo sugere a leitura de texto de autoria do próprio Moro,¹⁸ na qual os membros do judiciário eram tratados como agentes moralizantes da política e, escorados na caçada à corrupção, com ampla cobertura midiática, perseguiram e foragiram a classe política, alterando profundamente o quadro partidário do país. O mesmo se deu com a Lava Jato, que, no escopo político messiânico, propôs-se a fazer verdadeira “lavagem” na política brasileira.

Essas “cruzadas contra a corrupção” transformam os agentes clássicos do poder judiciário em atores políticos de alta relevância, que se auto-atribuem a missão de salvar a “sociedade” dos demais poderes, tornando-se cada vez mais comuns narrativas estranhas ao direito, como a afirmação do ministro Fux de que o juiz deve atuar “de acordo com anseio popular”, chamando para o poder judiciário a tradicional função do poder político, e a do ministro Barroso, que vê na Corte Constitucional brasileira a “vanguarda iluminista” que deve “empurrar a história”.

Nessa pretensa “purificação”, há remodelações de desenhos institucionais, que temos cartografado em nossas pesquisas, ao recompor este processo, mas sem buscar explicações apressadas.¹⁹ Ao analisar as sensibilidades jurídicas na agenda “anticorrupção”, observamos que as organizações do judiciário passaram a se apresentar como salvaguardas da moralidade administrativa, “antídotos” da política tradicional, maculada por acordos de impureza, avatares representativos da isenção, imparcialidade e neutralidade que, no seu modo de existência, pode purificar os demais campos de sentido.

O nome “antídoto” não é ocasional, tendo em vista que essa pauta, atravessada por discursos midiáticos, desdobra-se na transformação do direito em um tipo de “panaceia” contra todos os males, através da mobilização estratégica da opinião pública, via meios de

¹⁸ MORO, Sérgio F. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, [s. l.], n. 26, p. 56–62, 2004.

¹⁹ Lembrando Latour, o social é o que deve ser explicado ou desdobrado, e não fornecer explicações. Cf. LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*, 2012.

comunicação em massa, associada à construção do telos da corrupção como mal essencialmente público, no qual a política se torna um ruído malquisto, uma *persona non grata*, a ser “limpada” pelos burocratas concursados do judiciário. O discurso anticorrupção funciona como um tipo de moeda de Caronte – barqueiro de Hades que carrega as almas dos recém-mortos desde o mundo dos vivos até o mundo dos mortos –, como um tipo de transporte que transforma os papéis atribuídos aos agentes concursados do judiciário.

Antes de embrenhar nos discursos histórico-institucionais e contingências que transformaram os juizes em “juristas políticos”, para falar como Chaloub e Lima,²⁰ precisamos explorar as densidades conceituais de nossa pesquisa, a fim de preparar o solo para a cartografia.

Nos relatos, três termos não podem ser tratados como sinônimos, sendo eles a judicialização da política,²¹ a politização do direito e as políticas do direito, tendo fomentado, em diferentes graus e momentos, nossos interesses de tradução, para falar como Tarde.²² Neste ensaio, ao explorar a figura dos “messias togados”, buscamos ressaltar nuances do fenômeno da politização do poder judiciário, através da cartografia do caso “Triplex do Guarujá”, avançando, através de outros caminhos, trabalhos anteriores,²³ na interface entre direito, política e moralidades, em específico, quanto ao controle dos “políticos em si”.

A politização do direito pode ser traduzida como a incursão indevida do judiciário nos mecanismos de soberania popular, normalmente, caminhando nos limites entre legalismos/ilegalismos, através da exploração de brechas regulatórias. Aparece, de forma mais evidente, nos processos decorrentes de operações policiais e nos discursos anticorrupção, por configurarem, nos termos da proposta analítica de Arantes,²⁴ a última fase escalonada:

²⁰ CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil. *Revista de Ciências Sociais (UFC)*, v. 49, p. 202-252, 2018.

²¹ O termo judicialização da política se refere à concretização, via poder judiciário, da ampla cartilha de direitos constitucionalmente previstos, como nos casos de judicialização da saúde, configurando-se como o efeito prático do constitucionalismo democrático, ao prescrever mecanismos de transferência do processo de tomada de decisão da política para o direito, sem confundir ambos os campos, sendo tal resposta embasada textualmente em alicerces institucionais permissivos. Sobre isso, ver: CAMARGO, Margarida Lacombe. *Entre a judicialização da política e a politização do judiciário*. Manuscrito. 2018.

²² TARDE, Gabriel. *Monadologie et sociologie*. Paris: Les Empêcheurs de marcher en rond, 1999.

²³ Esse tema foi objeto específico de outras pesquisas. Ver: LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *Justiça messiânica: direito, política e moralidades no caso Lula da Silva*. Manuscrito. 2021; LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *Tecendo teias: precedentes e jurisdição constitucional*. Manuscrito. 2021.

²⁴ ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. *Opinião Pública*, Campinas, SP, v. 25, n. 1, p. 100, 2019. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8656288>. Acesso em: 21 set. 2021.

primeiro, o controle de constitucionalidade de lei, depois, o controle das políticas públicas, e, por fim, o controle dos atores políticos em si, quando a judicialização da política pode, potencialmente, converter-se em politização do judiciário.

Trata-se da utilização do direito como um verniz, meramente formal, rompendo com as suas condições de felicidade. Voltaremos a essa questão mais tarde, ao cartografar a atuação dos atores, mas agora é importante destacar que a própria ideia de operação, para além da caracterização da sua excepcionalidade e do enfoque messiânico nas figuras envolvidas, conformam o convencimento em fase pré-processual, o que evidencia o caráter inquisitório processual brasileiro.²⁵ No caso de Lula, o então juiz Sérgio Moro foi quem conduziu todo o inquérito na fase pré-processual, favorecendo a formação do convencimento antecipado e transformando o magistrado em espécie de parceiro ou auxiliar do Ministério Público, que possui ampla iniciativa probatória. Nesse cenário, a ideia da presunção de inocência se torna apenas uma ideologização que não encontra amparo empírico, sendo melhor falar em presunção de culpa, dada a forma de condução desde os inquéritos policiais.²⁶

Destacamos, na politização do judiciário, o uso político e estratégico dos dispositivos jurídicos, com vias a produzir efeitos nos mecanismos de soberania popular – independente de ser um processo “intencional” ou não –, além de fomentar a constituição de agenda, consistente no recrudescimento de políticas na área de segurança pública, tal como na aprovação da lei n.º 13.964/2019, vulgo “pacote anticrime”, em vigor desde 23/01/2020.

Referindo ao processo messiânico próprio das cruzadas políticas, que marcaram a modernidade iluminista, em que o objetivo era trazer “luzes” e “civildade” aos “bárbaros” temos sugerido que o messianismo jurídico quer a domesticação da política, limpando o passado “sujo” com vistas a construir outro futuro. O agente protagonista desse pro-

²⁵ Sobre o tema, ver: MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Dilemas da decisão judicial: as representações dos juizes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2008; FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. 2007. 245 f. Tese (Doutorado em Antropologia). Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2007; KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social. Rev. Sociol. da USP, São Paulo/SP*, 9(1), p. 169-183, 1997; KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista Sociologia e Política, Curitiba/PR*, n. 3, p. 23-38, 1999; MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Sociedade e Estado* [online]. 2011, v. 26, n. 1, p. 15-27. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002>. Acesso em: 21 set. 2021.

²⁶ Nesse sentido, ver: LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 7, n. 2 (maio 27, 2020), p. 203-223, maio. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/470>. Acesso em: 27 set. 2021.

cesso, hipótese que articulamos nesse ensaio, são os “messias togados” que, tal como na cruzada messiânica da modernidade, também se mobilizam pela fé nos dogmas, no proselitismo dos “fiéis” e no fervor dos atos, consistente no endurecimento das penas e da severidade dos juízes. Um dos momentos que mais evidenciam o caráter messiânico dos atos, associado à agenda política, é a parabenização dada pelo procurador Deltan Dallagnol a Sergio Moro, pelo alcance do apoio público da operação, afirmando que o ex-juiz federal conduziria “multidões, inclusive para reformas de que o Brasil precisa, nos sistemas político e de justiça criminal”.²⁷

Interessou-nos, como dito, os arranjos institucionais que transformaram os juízes em atores políticos de relevância, a partir das sensibilidades jurídicas locais, pensando o direito como um conhecimento situado,²⁸ um saber encarnado-corporificado, com o retorno ao objeto e à descrição comprometida, tentando entender, a partir do estudo de caso de Lula, como se constrói, nas malhas administrativas do Estado, o caráter messiânico do direito.

Precisamos traçar um parêntese metodológico, que atravessa a forma como lidamos com o campo. Na ANT (Teoria Ator-Rede), Latour²⁹ estava interessado em oferecer metodologia negativa, porque a própria modernidade foi apresentada como fenômeno negativo – nós, *modernos que jamais fomos*. Nos últimos anos, Latour³⁰ passou a se dedicar ao IME (Investigação dos Modos de Existência), método qualitativo de especificar cada modo de existência. Inspiradas por ele, interessou-nos a dimensão positiva da modernidade, em específico, a ontologia regional do direito, presente no IME.³¹

Lembramos o *insight* de Geertz,³² ao dizer que o direito conforma formas de construir realidades, de ler/imaginar o mundo. Da maneira como temos descrito, o direito se trata de uma forma específica de traduzir o mundo que agrega fortes elementos na “apro-

²⁷ Cf. GREENWALD, Glenn *et al.* *As mensagens secretas da Lava Jato*, 2019.

²⁸ HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. Trad. Mariza Corrêa. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 5, p. 7-41, 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773>. Acesso em: 21 set. 2021.

²⁹ LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes*. Essai d'anthropologie symétrique. Paris: La Découverte, 1991.

³⁰ LATOUR, Bruno. *Investigação sobre os modos de existência*. Uma antropologia dos modernos, 2019.

³¹ Traduzindo para a linguagem do IME, o interesse macro de minha pesquisa se dá na qualificação das redes, por exemplo [DRO • RES • PRE]: “podemos captá-la primeiramente sob o modo [RES] – desenvolvendo sua rede de associações tão longe quanto for preciso – e depois no modo [PRE] – nos atendo a qualificar o tipo de conexão que permite sua extensão. O primeiro permite captar a multiplicidade de associações; o segundo a pluralidade de modos identificados durante a história complicada dos Modernos”. Cf. LATOUR, Bruno. *Investigação sobre os modos de existência*, 2019, p. 63.

³² GEERTZ, Clifford James. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa, 1998.

priação” de sentidos, ao trazer para a zona do “direito” e colocar todo o resto como “não direito”. Nessa área cinzenta da divisão entre o que é direito e não direito e no regime de seleção de qual direito merece ser aplicado, encontram-se disputas de mundos.

Essa é a mesma ideia do direito como um dos modos de existência, tratando-se de forma de montagem ou de construção de realidade, articulado entre suas próprias categorias, formas de interpretação e sistemas de classificação, a fim de produzir decisão, operando por um olhar seletivo nos eventos, direcionado naquilo que pode produzir “feito” jurídico. O direito possui potência criadora inescapável, por força da proibição do *non liquet* e, ao operar em suas linguagens, categorias e dispositivos, explora sua potência criativa na tensão. O juiz-intérprete cria o direito, ele não revela ou desvela o que está na lei, tal como o pensou a filosofia da linguagem, um fazer que exige, ao mesmo tempo, associações específicas.

Por ser um regime de enunciação, o direito, ao produzir decisões, ancora-se fortemente na força simbólica da imparcialidade, enquanto depósito de crença que, na linguagem metodológica, vai aparecer como uma figuração abstrata, um actante. Brincando com Latour³³ e traçando paralelos com a ideia da construção das ciências modernas, temos destacado que, da mesma maneira como o Moderno esperou das Ciências a radical distinção da Política, através da objetividade, também o Moderno esperou do Direito a sua distinção radical da Política, criando a imparcialidade. Contudo, o fato da imparcialidade ser construída não quer dizer que ela seja uma mentira, um mito, uma invenção ou uma fantasia. Se nos estudos das *science and technology studies* se constatou que as ciências são construídas artificialmente — e não inventadas —, nos laboratórios, dizemos que o direito é construído, mas não inventado, nos tribunais, a partir do trabalho rotineiro, burocrático, pequeno e contingente dos tribunais.

Na produção do direito, a imparcialidade é produtora de diferenças, tornando esse regime de enunciação diferente dos outros modos de existência, ao permitir o ato de religação dos enunciados aos enunciadores.³⁴ Por ter que julgar, mesmo nos casos difíceis, em que as agências são multiplicadas, com possibilidades de rotas de fuga, é preciso que o direito se ocupe da produção da dúvida.

O que temos sugerido, ancoradas em estudos empíricos sobre a imparcialidade, é que esta tem que ser cuidadosamente construída, através de amarrações consistentes, para que não se corra o risco de desabar, sendo um contraponto fundamental na produção das incertezas próprias do direito. Caso não se tenha sucesso na sua composição, o direito fracassa, não produzindo suas condições de felicidade.

³³ LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*, 2012.

³⁴ LATOUR, Bruno. *A fabricação do direito*. Um estudo de etnologia jurídica, 2019.

Depois desse desvio aparente de rota, chamamos a atenção para o nosso campo de pesquisa, que é descrever como o direito compõe o messianismo, a partir da forma como constrói a justiça. No campo da agenda anticorrupção, são os juízes que passam a assumir o protagonismo, institucionalizando a trajetória dos “messias togados”, que, em processo de “cruzada”, encontra no discurso da “luta contra a corrupção” seu território mais produtivo. Mas a partir de quais contingências emerge, nas sensibilidades jurídicas brasileiras, tal figura?

A construção dessa narrativa, além da necessária mistura entre direito, política e moralidades, implica um processo no qual a construção do “Messias” se dá em simultâneo com o processo de construção criminal³⁵ da figura administrada do “Corrupto”, atravessado por discursos midiáticos e pela visão geral do direito como “panaceia” contra todos os males, através da mobilização estratégica da opinião pública. Também destaco a importância da sincronicidade de atos judiciais, como associar coletivas de imprensa com fases da operação ou operar o levantamento de sigilo para fins de atender a interesses extraprocessuais, cujos exemplos pululam na Lava Jato, como: o lançamento da liberação, às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018, do acesso à delação do ex-ministro Antônio Palocci, com acusações diretas ao Lula, marcando temporalidades que se conjugaram no interesse de afetar os mecanismos de soberania popular; o grampeamento ilegal e a gravação extemporânea da ex-presidenta da República, Dilma Rousseff, vazando seletivamente as gravações para a imprensa, que contribuíram para o processo de *impeachment*, em 2016, rendendo escassos reflexos na órbita jurídico-administrativa, frente ao modesto pedido de “respeitosas escusas” por parte do ex-juiz Sérgio Moro, embora com consequências políticas desastrosas.

A corrupção, além de implicar um telos, diz respeito ao processo de construção do corrupto como um criminoso, a quem caberia medidas excepcionais. O corrupto é construído por processo de incriminação, autorizando, no contexto messiânico, práticas excepcionais. Temos chamado esse fenômeno de militarização do processo da luta contra a corrupção, autorizando condução coercitiva, grampos ilegais, publicização temporalmente estratégica, uso desviante e focalizado de delações premiadas, alianças com a mídia etc., que decorrem, em parte, da não democratização do poder judiciário,³⁶ mas também dos próprios desenhos institucionais e do caráter inquisitório do processo.

³⁵ Sobre o tema, ver: MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa, 2011.

³⁶ TORELLY, Marcelo. Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. Em: *Repressão e Memória Política no contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília: Comissão de Anistia; Portugal: CES, 2010, p. 120-121.

A figura administrada do corrupto é construída por processo de incriminação, como alguém que merece a morte política, um pária. Tal figura é cuidadosamente tecida nas malhas processuais, quando Moro diz que as prisões preventivas foram feitas em “quadro de criminalidade complexa, habitual e profissional, servindo para interromper a prática sistemática de crimes contra a Administração Pública”, trecho que evidencia certo propósito justiceiro, repetido pelo TRF4, ao afirmar que a Lava Jato, por ser operação incomum, não precisava seguir as regras gerais do Estado de direito, pois problemas inéditos exigiriam “soluções inéditas”.

Aqui, ressaltamos que a busca obsessiva pela verdade, própria do caráter inquisitorial do processo brasileiro, favorece que os membros do poder judiciário tomem para si a função de moralização messiânica da política, ocupando espaços antes reservados a outros atores. E, para além das diferenças da Lava Jato, o modelo de inquérito é um actante que produz diferença na forma dos atores da força-tarefa agirem.³⁷ Retomaremos a isso ao operar a etnografar a audiência.

Agora, já condensado o ponto sobre a facilitação da mobilização estratégica do direito para fins políticos, passaremos para outro ponto importante: pensar a lógica da política profissional da magistratura,³⁸ e como a ligação entre o direito e política pode ser rastreável na experiência brasileira.

Pensando no direito como campo heterogêneo, do “país dos bacharéis” ao “país dos concursos públicos”, os juristas atravessam a política de diferentes formas. Se, antes, para a formação dos quadros da política e dos ministérios, adquiriu centralidade, nas faculdades de direito, a figura do advogado, hoje, frente à indústria concurrença, conformam-se outros arranjos institucionais que têm na figura dos magistrados os mais importantes atores políticos.

Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827, instituiu no Brasil os cursos jurídicos, no Largo de São Francisco, onde hoje se encontra a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a Faculdade de Direito de Olinda, hoje Faculdade de Direito de Recife, da

³⁷ Em contraponto ao modelo português, o direito inglês se configurou como método de resolução de conflitos e não como sinônimo de justiça pública. Apesar do embaçamento de algumas fronteiras, no *common law* o processo é disponível e deve se priorizar as decisões consensuais. Não se busca “descobrir a verdade” e não se baseia no ideal normativo regulador da sociedade, próprio do *civil law*, tal como na tradição romano-germânica.

³⁸ Sobre o tema, ver: BONELLI, M. da G. *Profissionalismo e Política no mundo do Direito*. São Carlos: EdUFSCar, Sumaré, FAPESP, 2002. Mais especificamente sobre o contexto do Paraná, ver: OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Genealogias Políticas do Judiciário. *Revista NEP – Núcleo de estudos paranaenses da UFPR*, v. 4, p. 317-330, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/nep/article/view/60229/35560>. Acesso: 02 jun. 2019.

Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE). Ambos os cursos e os próximos que se seguiram tinham como enfoque a formação de corpo político, tanto para exercício de mandatos nos municípios, estados e União, quanto para a composição de quadros ministeriais.

Os atores concursados no Brasil experimentaram grandes mudanças institucionais nos últimos séculos. Antes, os juízes eram nomeados para quadriênios pelas instâncias da política, enquanto os promotores, até o século XX, também eram nomeados por atores políticos. A esse respeito, Rezende,³⁹ em seu livro de memórias, conta sua trajetória como aluno no Largo de São Francisco e depois sua carreira, tendo sido nomeado, em 1856, como juiz municipal em Queluz para um quadriênio. Ele conta que acumulou a função de juiz com a de delegado de polícia. Sua missão foi ainda mais difícil, tendo em vista que o antecessor sequer tinha formação jurídica, tendo resultado “que a justiça havia perdido quase toda a sua atividade, a sua imparcialidade e sobretudo a sua severidade (...) para todos a lei ia cada vez mais se convertendo em um espantinho sem força ou em simples letra morta”.

Rezende⁴⁰ narra que, após findo o seu quadriênio, não foi reconduzido ao cargo, porque o senador queria o lugar para um de seus filhos e que essa foi uma alegria não compreendida no momento, mas que, depois, revelou-se um grande alívio, porque “votado eternamente à pobreza e a uma dependência maior ou menor, o magistrado, para cúmulo de suas misérias, é ainda um alvo sempre constante para os tiros dos maus”.

Nesse incremento de poder institucional da magistratura, Chaloub e Lima⁴¹ descrevem a trajetória de continuidade entre os bacharéis em direito, que ocupavam os parlamentos e gabinetes ministeriais, com um ator político específico, o “jurista político”, nas trajetórias de profissionalização dos juízes.

O incremento desse poder se trata de fenômeno recente, que perpassa as relações entre judiciário e mídia, que, no entendimento de Chaloub e Lima,⁴² são fundamentais para a constituição da *persona* pública do jurista político, em paralelo às representações na mídia. O autor destaca ampla bibliografia sobre o protagonismo dos juristas na história

³⁹ REZENDE, Francisco de Paula Ferreira. *Minhas recordações*. 1832-1893. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987, p. 376 e ss.

⁴⁰ REZENDE, Francisco de Paula Ferreira. *Minhas recordações*. 1832-1893. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987, p. 379.

⁴¹ Os autores analisam o tema a partir dos aspectos discursivos extraprocessuais do ministro Barroso e do juiz Sérgio Moro, tentando entender o aparecimento dessa figura no contexto do revigoramento do poder judiciário após a Constituição de 1988. Cf. CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil, 2018.

⁴² CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil, 2018, p. 207.

política brasileira, desde os egressos dos bancos de Coimbra, que foram importantes na construção da ordem imperial, despontando como conselheiros de Estado e no Parlamento, e, ainda, os egressos do Largo do São Francisco, que se sucederam na presidência da República, nos ministérios e em mandatos legislativos, formato que continuou mesmo com as revoluções de 1930 e com a República de 1946, exercendo grande influência no cenário político.

Importante destacar que o protagonismo dos bacharéis tinha como contraponto o cargo da magistratura, que era subalterna ao Executivo, via nomeação por decreto, cenário esse que também compunha a própria constituição do Supremo Tribunal Federal, que não tinha o prestígio atual. Esse cenário mudou com o golpe militar de 1964, quando, nutrindo desconfiança pelo verbalismo jurídico, os bacharéis foram “relegados às coxias”.⁴³

A Constituição Federal de 1988 teve grande importância para o fortalecimento do poder judiciário, transformando-o em um lócus privilegiado para a política, ao tirá-lo do lugar secundário no jogo político que ocupava até então e assumir o protagonismo, com possibilidade de fomentar ação moral no mundo. Essa situação não foi exclusividade brasileira, mas se relaciona ao pós-guerra ocidental, que, no Brasil, ganhou contornos específicos.

A jurista Ingeborg Maus,⁴⁴ no contexto alemão, chama a atenção para esse processo, falando em transferência do executivo para o judiciário como “superego” da sociedade. Já o cientista político Ran Hirschl⁴⁵ chama esse regime de juristocracia, em que há o deslocamento de poder das instituições políticas para as jurídicas, acontecimento conexo à substituição do modelo de soberania parlamentar de democracia pelo de constitucionalização, desafiando a tradicional separação de poderes contida na obra seminal *Federalistas* n.º 78, em um processo duplo através do qual a deslegitimação do poder político tradicional fortalece os juizes. Já no Brasil, Lynch⁴⁶ fala em “revolução judiciarista” e “representação funcionalista da sociedade” por parte do Ministério Público e Magistratura, onde esse fenômeno ganhou contornos específicos.

⁴³ CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil, 2018, p. 212.

⁴⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

⁴⁵ O autor chama a atenção para a “megapolítica” que, no nosso entendimento, trata-se de uma forma de despolitização. Ver: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 29 jun. 2020.

⁴⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciarista”. Os tenentes agora vestem toga. *Insight Inteligência*, n. 79, p. 158-168, out./nov./dez. 2017, p. 158-168. Disponível em: <https://bit.ly/3gvqN3l>. Acesso em: 17 jan. 2019.

Em resumo, os juízes e promotores tomaram o protagonismo, influenciando áreas de disputa política, utilizando um repertório linguístico próprio do judiciário, que deve “limpar a política de seus males”, notadamente no campo das relações entre política e poder econômico, não sendo casual que encontre no campo anticorrupção território produtivo. Tal elite letrada,⁴⁷ no viés meritocrático, passa a ocupar esse espaço, por força dos concursos públicos.⁴⁸ Com o auxílio improvável da mídia, assume um discurso altamente despolitizador e moralizante.

Essa lógica antipolítica tem fortes elementos morais, associada ao protagonismo do direito por outras forças, agregando um discurso de centralidade do mercado enquanto instrumento de organização do mundo, constituindo a razão pública que transforma o saber econômico em um ponto central no debate público. Com o auxílio dos meios de comunicação de massa, produz-se celebridades, ou melhor: *celebs* “juscultas”.

Nesse cenário de despolitização, naturaliza-se o discurso liberal, destacando uma valorização do mercado, aqui consistente no mundo privado, como único caminho viável para geração de riquezas, em detrimento do Estado, visto como lócus propício para a corrupção. A culpa seria do Estado e da política pela timidez do capitalismo, aversão ao empreendedorismo e à livre iniciativa, corrupção essa da qual o judiciário estaria ileso. Os juízes devem salvar a sociedade desse Estado dado como algoz, a quem se contrapõe um “direito exibicionista”.⁴⁹

Assim, o controle dos políticos no Brasil tem conduzido, com a mediação da mídia e de outros actantes, a reconfigurações histórico-institucionais que vão compor, do “país dos bacharéis” ao “país dos concursos públicos”, a figura dos “messias togados”. A se-

⁴⁷ Chaloub e Lima falam em valor aristocrático, ligando o discurso anticorrupção com a ideia de um mercado limpo e eficiente. O caminho seria: submeter a política à moral para, então, desentrelaçá-la da economia, libertando o mercado, evidenciando o caráter policianesco do messianismo. A ligação entre direito e moral é mesmo predominante, tendo em conta que o telos normativo da luta contra a corrupção é a construção de um mercado limpo e confiável. Cf. CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil, 2018, p. 240-241.

⁴⁸ Sobre o tema, ver: FONTAINHA, Fernando de Castro. *Les (en)jeux du concours: Une analyse interactionniste du recrutement à l'École Nationale de la Magistrature*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2011; FONTAINHA, Fernando de Castro. *Juízes empreendedores: Um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; FONTAINHA, Fernando de Castro. Meritocracia e Concursos Públicos. *Insight Inteligência* (Rio de Janeiro), v. 63, p. 52-66, 2014; FONTAINHA, Fernando de Castro. Todos eles juízes: um monopólio baseado na eficácia simbólica. In: ROJO, Raúl Enrique. (Org.). *Por trás da toga: magistratura, sociedade e política no Brasil de hoje*. 1. ed. Porto Alegre: Dom Quixote, 2014, p. 34-60.

⁴⁹ Seguindo terminologia de Chaloub e Lima. Cf. CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil, 2018, p. 233.

guir, veremos como essa figura foi desenhada nos autos processuais, através da etnografar-tografia do interrogatório de Lula e das decisões judiciais que se seguiram.

2 MESSIANISMO CARTOGRAFADO

Não pretendemos aqui revisitar todas as nuances do processo, tendo em vista que o objetivo do artigo é ressaltar complexidades no tema anticorrupção, através da descrição cartográfica do caso de Lula conhecido como “Triplex do Guarujá”, tentando responder à seguinte problemática de pesquisa: como se articula, nos fazeres da sala de audiência e na construção das decisões, a “messianização” dos atores do poder judiciário?

No caso desse ensaio, propomos um recorte bem específico: interpretar a complexa rede de actantes que se associam na sala de audiência, a forma como eles constroem fatos, produzem provas e fabricam o direito, analisando, com maior cuidado, a postura da magistratura durante o ato judicial do interrogatório de Lula e, posteriormente, na construção da sentença judicial, no âmbito do processo do caso conhecido como “Triplex do Guarujá”.

Resumidamente, o caso foi sentenciado pelo ex-juiz Sérgio Moro, em 12/07/2017. A alegação da denúncia era de que empresas fornecedoras da Petrobrás, como o Grupo OAS, pagariam, sistematicamente, vantagens indevidas a dirigentes da estatal, com financiamento de partidos políticos, destinando cerca de 1% (um por cento) para o PT – Partido dos Trabalhadores. Na linguagem nativa, Lula, enquanto presidente da República, participou “conscientemente” do esquema, com “ciência” do que faziam os diretores da Petrobrás, termos que fornecem vetores jurídicos.

Segundo a narrativa da denúncia, parte dos valores dessa “conta corrente geral de propinas” junto ao Grupo OAS teria sido destinada “especificamente” para o ex-presidente, que teria usado os valores para adquirir o triplex do condomínio Solaris, do Guarujá, e para reformas no Sítio de Atibaia. O argumento era que Lula teria adquirido um apartamento simples da BANCOOP, de número 141-A, por R\$ 209.119,73. O empreendimento imobiliário foi, posteriormente, adquirido pelo Grupo OAS, que disponibilizou, em tese, para Lula, o apartamento 164-A, triplex, sem diferença de preço, em 2009, com reformas e benfeitorias em 2014, a cargo da OAS, transação essa feita por “estratagemas subreptícios”, constituindo o crime de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro.

Sendo o “responsável” pela indicação dos nomes dos diretores da Petrobrás e tendo permanecido “inerte” sobre providências contra o cartel, Lula, segundo o então juiz Sérgio Moro, “dirigiu a formação de um esquema criminoso de desvios de recursos pú-

blicos, destinados a comprar apoio parlamentar, enriquecer indevidamente os envolvidos e financiar campanhas eleitorais do Partido dos Trabalhadores”. Sua culpa veio porque o “ex-Presidente participou dos crimes nomeando Diretores da Petrobrás encarregados de arrecadar vantagem indevida”, tendo, ademais, em tese, beneficiado-se diretamente, na diferença dos valores entre os apartamentos, que, contudo, permaneceu no nome da OAS.

A Petrobrás ratificou o que dispôs o MPF, posicionando-se ao lado deste. Toda a narrativa discursiva é conduzida por delatores, sendo um deles José Adelmário Pinheiro Filho, que informou ter custeado, em nome da OAS, o imóvel, porque queria “estreitar relações” com Lula, por conta do “mercado internacional”. O outro delator, Agenor Franklin Magalhães Medeiros, do triplex do Guarujá, também da OAS, disse que o grupo empresarial “tinha que realizar negócios com um governo corrupto”.

Nas narrativas processuais, ao longo dos autos, a constituição de Lula como a figura administrativa do “corrupto” vai se tornando cada vez mais delineada, construído como inimigo. Há inúmeras vezes em que se observa “animosidades” no tratamento do seu defensor, com cerceamento da defesa por meio de tecnicidades, como o impedimento de acesso ao processo de colaboração do delator José Adelmário Pinheiro Filho, indeferimentos de perguntas a testemunhas, negação de seguimento de incidentes de falsidade etc., tudo amparado por uma narrativa técnico-jurídica pretensamente neutra por parte do magistrado.

Os ânimos entre advogados de defesa, de um lado, e Ministério Público e magistrado, de outro, em vários momentos se agitam, inclusive, sendo o próprio escritório de advocacia de Lula alvo de interceptação ilegal. Sobre esse ponto, há ausências e retiradas pontuais, quando Moro diz que, embora a operadora de telefonia tenha informado que as interceptações eram no escritório de advocacia Teixeira Martins e Advogados, essas informações “não foram de fato percebidos pelo Juízo, com atenção tomada por centenas de processos complexos perante ele tramitando”, apesar da “argumentação dramática” da defesa de Lula.

Outro ponto importante para a análise da figuração dos “messias togados” é o propósito justiceiro na sentença, quando Sérgio Moro fala do instituto de colaboração premiada com forte apelo moral, dizendo que quem vem criticando o instituto só pode ser “favorável à regra do silêncio”, como se não coubessem críticas técnicas quanto à sua utilização. A fim de corroborar com a argumentação, sua narrativa é apresentada por negação reiterada da politização processual do caso Lula.

Em outros momentos, animosidades e afetos, pretensamente silenciados na atividade jurídica se fazem presentes, tanto no interrogatório quanto na construção da sentença. Moro transforma o direito de petição e de defesa de Lula como estratégia para “desqualifi-

cação deste julgador”, por aparentemente temer “um resultado processual desfavorável”, tanto que tomou “medidas questionáveis” fora da ação penal, pois Lula teria apresentado queixa-crime por abuso de autoridade e quebra de sigilo sobre interceptação telefônica, perante o TRF4. Para fundamentar sua alegação, juntou julgamento da queixa-crime, no qual se declarou serem os fatos atípicos, com carência de justa causa.

Segundo a defesa, Lula era alvo de perseguição política, por meio da *lawfare*, com apoio e instrumentalização da mídia, e devassa da sua vida pessoal, devido a fatores políticos e geopolíticos. São empregados artifícios de linguagem na sentença, como falar em “guerra jurídica” entre aspas, menorizando o argumento; dizer que o *lawfare* é “estratégia repetida” da defesa; uso de palavras redutoras, como classificar de “mero levantamento do sigilo” a publicização de diálogos obtidos em interceptação entre Lula e familiares.

Na sentença, a diferença entre direito e política é gerada por meras elocubrações, como de que o levantamento do sigilo do diálogo entre Lula e Dilma “não teve por objetivo gerar fato político-partidário” porque “algo estranho à função jurisdicional”, ficando adstrita ao campo normativo do dever-ser, com forte carga linguística despolitizadora. Na fundamentação da decisão, algo curioso para o processo messiânico: apesar de dizer que a imparcialidade do julgador é “questão já superada”, o então juiz Sérgio Moro dedica-se, em torno de 33 páginas, à defesa do juízo, usando de autoelogios, falando em “comportamento inadequado da defesa” e alegando ter conduzido “da melhor forma possível as audiências”.

Ao construir a sentença, Moro colaciona decisão do TRF4 para constituir a sua imparcialidade, construída em cadeia de corporativismos. Menciona texto jurídico de sua autoria, sobre a operação Mãos Limpas, da Itália, que, segundo o acórdão do TRF4, tem natureza “acadêmica, descritiva e informativa”, embora nele se fundamente a supremacia do poder judiciário, no qual a deslegitimação do poder político fortalece o poder dos juízes, coerente ao propósito messiânico do direito.

Acrescentamos a informação de que, no âmbito da força-tarefa da Lava Jato, eram ao todo quatro processos que corriam contra Lula, anulados, recentemente, por dois *Habeas Corpus*, sendo um deles o HC 193.726, com decisão monocrática do ministro Edson Fachin, em 08/03/2021, confirmada pelo Plenário, e o HC 164.493/DF, com julgamento da 2ª Turma, com placar, de 3 a 2, no âmbito da ação penal do Triplex do Guarujá, que decidiu pela suspeição do ex-juiz Moro, titular da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR.⁵⁰ Diante desses julgamentos, tanto a incompetência do juízo, no HC 193.726, quanto a suspeição do julgador, no HC 164.493, foram confirmadas pelo STF.

⁵⁰ São os seguintes processos: Triplex do Guarujá (5046512-94.2016.4.04.7000/PR), Sítio de Atibaia (5021365-32.2017.4.04.7000/PR), Sede do Instituto Lula (5063130-17.2018.4.04.7000/PR) e doa-

A defesa da imparcialidade se dá nas malhas processuais por meio da articulação de um linguajar técnico: a condução coercitiva de Lula, por exemplo, era figura “atípica”, ausente “interesse ou sentimento pessoal” por “risco” aos policiais e por conta de “convocação de militantes partidários”. Na interceptação telefônica dos advogados não houve “dolo na conduta”, em julgamentos cujos acórdãos estão acobertados por “trânsito em julgado” e que a “representação disciplinar” tinha sido arquivada, pois seus atos ocorreram no “exercício regular da jurisdição”. E, como visto, apesar da longa autodefesa da imparcialidade do juízo, esta se tornou juridicamente insustentável, por conta do julgamento da suspeição no âmbito da ação penal do Triplex do Guarujá, quando a 2ª Turma do STF assentou entendimento pela anulação de todos os atos praticados pelo magistrado no âmbito da ação penal, inclusive na fase pré-processual.

A fim de traçar a cartografia do caso, baseada em Vianna,⁵¹ que se inspirou em Faria,⁵² propomos um diagrama para mapear as controvérsias do caso de Lula, tentando desenhar, de forma simplificada e retroativamente, alguns desvios no percurso inicial da Lava Jato. Esclarecendo o diagrama, à medida que a linha divisória caminha para a direita, significa que a Lava Jato perde força, sofrendo desvio e, portanto, perdendo aliados.

Apesar de simplificar em demasia a trajetória, ao desenhar o mapa, não buscamos esmiuçar cada um desses eventos, mas construir nossa trajetória de pesquisa, tentando entender como se compôs o nosso próprio relato.

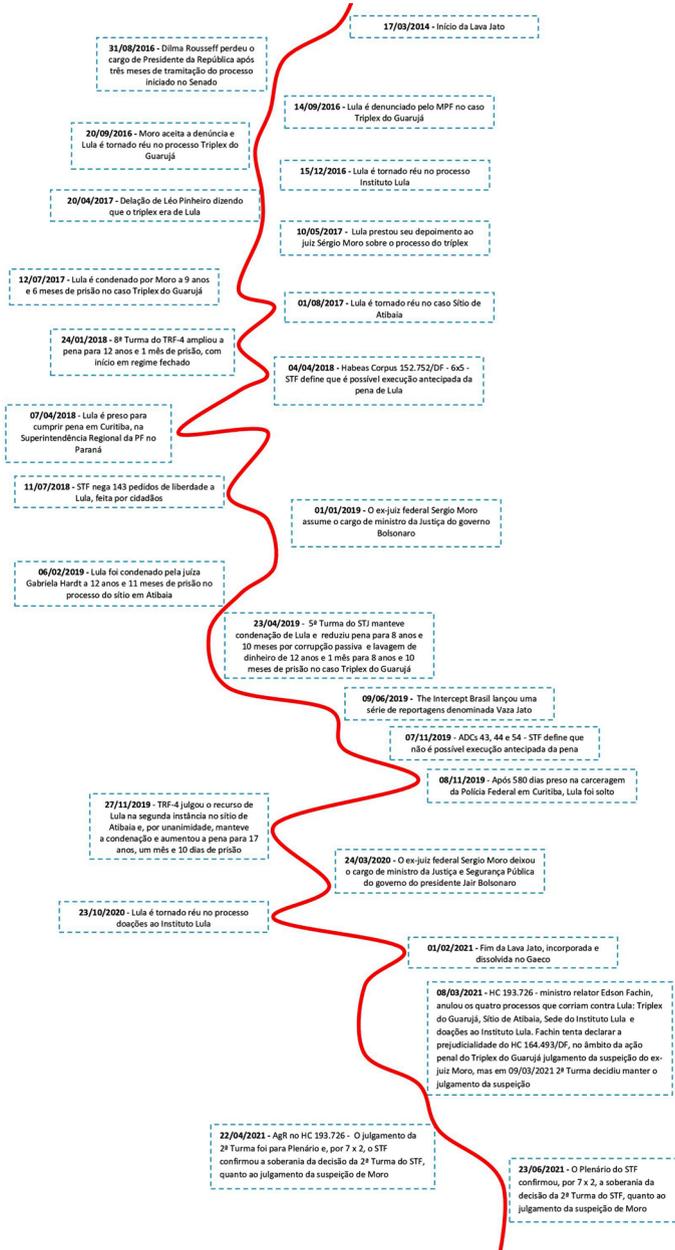
ções ao Instituto Lula (5044305-83.2020.4.04.7000/PR).

⁵¹ VIANNA, Raphael. Quem controla a água? Mapeamento de controvérsias na Guerra das Águas em São Lourenço. In: FERNANDEZ, Viviane; MACEDO, Joana; BRANQUINHO, Fátima (Orgs.). *Pedra, planta, bicho, gente... coisas: encontros da teoria ator-rede com as ciências ambientais*. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Mauad X; FAPERJ, 2018. p. 59-76.

⁵² FARIA, Elisa Sampaio de. *Cartografia de controvérsias: conexões entre o conhecimento científico e a disputa sobre a instalação do Projeto Apolo na Serra do Gandarela*. Dissertação (Mestrado em Educação, Conhecimento e Inclusão Social), UFMG, Belo Horizonte, 2014.

DIAGRAMA - MAPEANDO CONTROVÉRSIAS DO CASO LULA

Figura 01 – Mapeando controvérsias do caso Lula



Fonte: – Elaborado pela autora

Ressaltamos ter escolhido apenas alguns eventos, tentando destacar densidades e conexões entre os fatos selecionados, para captar as flutuações na narrativa da Lava Jato. O caso sobre o qual nos debruçamos se trata de apenas um ínfimo recorte do diagrama anterior: trata-se do interrogatório de Lula ao juiz Sérgio Moro no processo Triplex do Guarujá (5046512-94.2016.4.04.7000/PR), em 10/05/2017, por cerca de cinco horas, e as decisões que se seguiram. Como buscamos apenas destacar complexidades, através da descrição de parte da audiência processual, observamos a postura do então juiz federal Sérgio Moro e os actantes presentes em cena.

Nos termos de Venturini,⁵³ um actante pode ser um ser humano, um elemento natural, um artefato tecnológico, uma entidade ou mesmo um conceito prático ou teórico, tal como a ideia de “Estado democrático de Direito”, tratando-se de extensão radical da definição de ator de Latour.

Apesar de a audiência ser de 2017 e considerando os desdobramentos posteriores, que modificaram enormemente o cenário, já mencionados no diagrama anterior, pensamos que ainda é possível, para o cenário da politização do judiciário, fazer a audiência falar.

A sala de audiências estava assim disposta: do lado direito de Moro, os procuradores da Lava Jato, na sua esquerda, uma servidora da subseção de Curitiba. Em frente a Moro, Lula, do seu lado, o seu advogado Cristiano Zanin. Na frente, o assistente da acusação, Renê Dotti, advogado da Petrobrás, do lado dos advogados Valeska Teixeira Martins e Roberto Teixeira, responsáveis pela defesa de Lula. Outros personagens estavam presentes na cena, mas destaquei os mais importantes para compor o registro.

Figura 02 – Foto da audiência



Figura 02 – Tirada pela autora, através de print do vídeo no YouTube

⁵³ VENTURINI, Tommaso. *Piccola introduzione ala cartografia dela controversie*. Etnografia e ricerca qualitativa, 2008.

Como sugere Figueira,⁵⁴ os fatos no direito não são entidades objetivas, mas artefatos altamente editados nas malhas discursivas e procedimentais dos processos, que estruturam simbolicamente o campo, que não existe fora dessa rede. Adicionando novas camadas, na sala de audiência, o direito é formado por fluxos e conexões heterogêneas, que se bifurcam em novos caminhos, onde a construção é transmitida entre os actantes, que vão narrando e empregando formas.

O processo de Lula pode ser interpretado como uma complexa rede entre diversos actantes, que se associaram na sala de audiências. Artefatos jurídicos são construídos através das alianças, negociações e renegociações, que vão fabricando coletivamente o direito, em redes de actantes que se afetam mutuamente, seja entre os atores humanos ou coisas.

A partir da etnocartografia, gostaríamos de destacar dois pontos que podemos rastrear. O primeiro é que, no interrogatório, a lei se trata de um actante, ao lado de vários outros, na construção dos artefatos, assim como as provas produzidas, porque os seus enunciados induzem os atores a fazer coisas. Sobre a convocação dos actantes que levam o magistrado a agir, é possível concluir o seguinte: Moro afirma que o que determina o resultado do processo são as provas e as leis, dadas como entidades objetivas, o que não encontra amparo empírico.

Em vários momentos do interrogatório, o juiz convoca actantes de toda a ordem, não se atendo às “provas” ou às “leis”. Moro é levado a agir por actantes estranhos, como entrevistas e afirmações em blogs, além de pedir opinião de Lula quanto a fatos que foram objeto de ação no STF ou que não possuem lastro de conexão com o caso. Em suma: Moro não constitui aliados suficientes para sustentar a sua posição. Igualmente, há obsessão biográfica contida nos actantes, como declarações ou opiniões de Lula sobre a Lava Jato, sobre a forma de nomeação de atores políticos, sobre responsabilidade ou consciência subjetiva, sobre a presença/ausência de sentimento de culpa etc. Por fim, os argumentos morais são introjetados como elementos de convicção do juízo ou como matéria de fixação da pena.

Outro ponto é que o inquérito policial aparece em diversos momentos como actante, ressaltando o caráter inquisitorial do processo penal. Nota-se a obsessão pela verdade por parte juiz, buscando uma verdade “reta”, quase exigindo do acusado que respondesse da mesma forma que no documento policial. Em alguns momentos mais tensos, parece que o juiz aplica o manual do confessor: “insista até extrair uma verdade”, “repita, repita, repita a mesma pergunta, de formas diferentes, até obter a resposta

⁵⁴ FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri, 2007, p. 220.

desejada”, coisa que também ocorre quando Moro usa condução coercitiva para tentar extrair a verdade. Na audiência, esse comportamento indica uma cilada linguística, um paradoxo, porque cada pergunta pode conduzir a um caminho diferente e à reconfiguração dos agenciamentos da audiência, tornando o juiz uma instância acusadora paralela, tanto que em diversos momentos as fronteiras entre a Magistratura e o Ministério Público Federal se embaçam.

Esses fatores na mobilização estratégica do direito dos “messias togados” aparecem também nas decisões. A fim de ancorar, no laboratório de pesquisa, alguns dos pontos destacados nessa seção, pinçamos algumas estratégias discursivas na tabela a seguir, separando, com intuito didático, as estratégias e seus respectivos exemplos, pela proposta analítica de três grandes blocos: a) despolarização do processo; b) julgamentos morais e de valor; c) corrupção e função messiânica.

DESPOLITIZAÇÃO DO PROCESSO	
Decisor	Exemplos
<p>Sérgio Moro –</p> <p>Estratégias:</p> <p>- Negação da <i>lawfare</i> ao longo de toda a sentença, associada ao uso de expressões diminutivas em relação a estratégias da defesa.</p>	<p>- Lula não é vítima de “alguma espécie de <i>‘lawfare’</i>”, um “rematado exagero por parte da Defesa”, “tentativa de diversionismo” dos advogados para apresentar Lula como “vítima de uma ‘guerra jurídica’ inexistente”;</p> <p>- “o processo será decidido com base nas leis e nas provas”; tudo no “exercício regular da jurisdição”</p>
<p>Leandro Paulsen –</p> <p>Estratégias:</p> <p>- Construção da neutralidade do direito em relação à política, com o enquadramento da defesa de Lula como “teoria conspiratória”.</p>	<p>- Fala que a Lava Jato não foi partidária, afastando “por completo a tese defensiva de que se trata de uma mera tese conspiratória e fantasiosa”</p> <p>- “farta prova testemunhal e documental”</p> <p>- Invocação da rede decisória da Lava Jato: “prova dos autos não apenas robusta, mas amparada em inúmeras ações já julgadas em primeira e segunda instâncias no bojo da Operação Lava Jato.”</p>

DESPOLITIZAÇÃO DO PROCESSO

Decisor	Exemplos
<p>Victor Luiz dos Santos – Estratégias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Valorização do direito em contraposição à política; - Alegação de consistência na historicidade da Lava Jato, com uso de adjetivações esteticamente elegantes. 	<ul style="list-style-type: none"> - “tem sido testemunha da confluência de atributos que distinguem bons profissionais, em especial o espírito público, qualidades indelévels dos integrantes do sistema de Justiça atuantes nesses feitos - “amplo conjunto probatório consubstanciado por, pelo menos, 25 (vinte e cinco) elementos de prova documental e 11 (onze) depoimentos de testemunhas é reforçado pelos depoimentos dos corrêus, (...) filamento de conexão entre todos os demais elementos probatórios, concatenando-os num sentido uno e coerente, consolidando (...) a tese acusatória, que já prevalecia.”

JULGAMENTOS MORAIS E DE VALOR

Decisor	Exemplos
<p>Leandro Paulsen – Estratégias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Grifos curiosos e linguajar incomum, atravessado por julgamentos morais e de valor; - Lula a todo o momento é apresentado como o principal articulador e avalista de um esquema de corrupção que assolou a Petrobrás. 	<ul style="list-style-type: none"> - “um grupo formado por grandes empreiteiras nacionais atua mancomunado com agentes políticos e funcionários da PETROBRÁS” - Termos exagerados, como “ilícitos penais gravíssimos”, “prejuízos bilionários” e “as violações foram gravíssimas” - “1/3 desse valor foi disponibilizado ao Partido dos Trabalhadores”, apontando que Lula foi denunciado por ter “concorrido para esses atos de corrupção ao se situar no vértice do esquema criminoso, viabilizando-o e lhe dando sustentação” - Lula “concorreu para o seu funcionamento” (Petrolão) por ter indicado cargos de direção da Petrobrás, “cabalmente comprovado” que existia “simbiose espúria entre os setores público e privado no seio da petrolífera” - “O cometimento de crimes de corrupção por um Presidente ou ex-Presidente, em razão do cargo, além de constituir uma violação seriíssima à ordem jurídica, torna vil o exercício da autoridade” - Afirmações de que o depoimento de Lula foi “mendaz” - “a CONSTRUTORA OAS tinha dívidas de propinas com o esquema de governo e partidário criminoso, comandado por LULA” - Premiação de delatores de Lula: “fato de que a colaboração ter redundado na revelação de crimes praticados pelo mais alto mandatário da República” <p>(Mantive os grifos)</p>

JULGAMENTOS MORAIS E DE VALOR

Decisor	Exemplos
<p>João Pedro Gebran Neto</p> <p>– Estratégias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adoção de linguagem neutra jurídica; - Lula a todo o momento é apresentado como o principal articulador e avalista de um esquema de corrupção que assolou a Petrobrás. 	<ul style="list-style-type: none"> - “A estrutura criminosa e o modus operandi pressupõem - e há prova disso - a participação de outros agentes políticos em condição semelhante, apesar de não denunciados neste feito. De todos os envolvidos, contudo, não há dúvida de que o réu LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA era o mantenedor do gigantesco esquema de corrupção.” - “Há prova acima de dúvida razoável de que o ex-Presidente foi um dos articuladores - senão o principal - do amplo esquema de corrupção” - “relações promíscuas entre o público e o privado”

CORRUPÇÃO E FUNÇÃO MESSIÂNICA

Decisor	Exemplos
<p>Leandro Paulsen</p> <p>– Estratégias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Uso de palavras-chave como “técnica”, “cuidado”, “formação”, “experiência”, “justiça”, “estrita aplicação do direito”, “criteriosa análise; - Enquadramento das peças jurídicas como lugares de linguagem neutra, como ao falar dos “limites postos na denúncia”, bem como indicando os caminhos “retos” de um processo; - Construção da carreira da magistratura como assegurada, via concurso público, por um afastamento dos interesses políticos; - Classificar como função do direito salvaguardar a sociedade, reprimindo a corrupção. 	<ul style="list-style-type: none"> - “se, de maneira livre e consciente, a pessoa que reunia elevados poderes e prerrogativas no Estado brasileiro concorreu ou não, nos limites postos na denúncia, para o ambiente de corrupção sistêmica instalado na máquina pública brasileira, obtendo vantagens indevidas para os partidos políticos, para agentes públicos e para si próprio. Em caso positivo, será responsabilizado; em caso negativo, advirá um acórdão absolutório, exculpando o acusado ou dizendo da ausência de provas suficientes para uma condenação segura” - “Acusar um Presidente ou ex-Presidente da República exige, por isso, extrema convicção por parte do Ministério Público; julgá-lo exige todos os cuidados por parte do Poder Judiciário, não apenas para que o contraditório e a ampla defesa sejam efetivamente observados, mas também para que a lei penal material seja aplicada com técnica e justiça.” - “É por razões de segurança e de justiça que a Constituição brasileira outorga ao Poder Judiciário a competência para julgar os casos penais. O julgamento é realizado por juízes togados, com formação e experiência para atuar com equidistância e imparcialidade, e orientado pela estrita aplicação do Direito ao caso concreto mediante criteriosa análise dos fatos.” - “Aqui, ninguém pode ser condenado por ter ‘costas largas’, nem absolvido por ter ‘costas quentes”. - A forma de acesso aos cargos de juiz por concurso público e as prerrogativas da magistratura (sobretudo a inamovibilidade), enquanto preservadas, resguardam os magistrados do jogo de interesses e da busca de apoios políticos.

CORRUPÇÃO E FUNÇÃO MESSIÂNICA

Decisor

Exemplos

Leandro Paulsen – Estratégias:

- Uso de palavras-chave como “técnica”, “cuidado”, “formação”, “experiência”, “justiça”, “estríta aplicação do direito”, “criteriosa análise;

- Enquadramento das peças jurídicas como lugares de linguagem neutra, como ao falar dos “limites postos na denúncia”, bem como indicando os caminhos “retos” de um processo;

- Construção da carreira da magistratura como assegurada, via concurso público, por um afastamento dos interesses políticos;

- Classificar como função do direito salvaguardar a sociedade, reprimindo a corrupção.

João Pedro Gebran Neto – Estratégias:

- Tratar a “luta contra a corrupção” como pauta prioritária do poder judiciário e luta como a maior figura corrupta, merecendo tratamento de exceção.

- “Não se vende esperanças pontuais para obter votos, não se assume compromissos de conveniência com grupos econômicos, políticos e sociais. O compromisso é com o cumprimento da Constituição e das leis da República Federativa do Brasil. Os juízes legitimam-se por atuarem com **independência e imparcialidade** e sempre **mediante provocação**, em resposta ao exercício do direito de acesso à Justiça por alguém, sendo que, no Direito Penal, mediante iniciativa do próprio Estado através do Ministério Público, em prol da sociedade, aplicando a lei a todos, independentemente da cor partidária e da inclinação ideológica.”

- Falas quanto à higidez do processo: “denúncia é bem escrita, noticia os fatos, faz as imputações, fundamenta a pretensão condenatória e formula os pedidos”; “**réus estão representados** por experientes advogados”; “**juízo se deu de modo técnico e juridicamente fundamentado**”.

- Classificações que se referem à estabilidade: referindo-se a Sérgio Moro: “O magistrado que lá jurisdiciona e que está à frente da ação penal ora recorrida, tem essa lotação desde 2002. Era, portanto, pré-existente e estava em pleno funcionamento à época da distribuição do feito”; “Esta 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, é órgão jurisdicional da estrutura permanente deste Tribunal, cabendo-lhe o julgamento das apelações criminais.”

- “O Direito, como instrumento de regulação social, ocupa-se de inibir e de reprimir o agir corrupto, salvaguardando a sociedade. Parafraçando a poeta, vale dizer que não é mais possível admitir que o dinheiro público viaje ‘na bagagem da impunidade’.”

(Mantive os grifos)

- “os crimes praticados contra a administração pública, de corrupção e organização criminosa, devem ser tratados com prioridade”

- “envergadura e as dimensões amazônicas da ‘Operação ‘Lava-Jato’”

- “No caso, a corrupção passiva perpetrada pelo réu difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava-Jato’. Não se exige a demonstração de participação ativa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA”

- Sobre provas jornalísticas: “Se como prova não serve, ao menos tem serventia para conferir coerência com aquilo que foi alegado”

- “desnecessário estabelecer relação direta entre o valor investido no imóvel e a propina paga pela OAS a agentes do Partido dos Trabalhadores”

CONCLUSÕES

Produzir o direito é como tecer teias, as quais esse ensaio tenta captar apenas em um ínfimo recorte. Através da cartografia do interrogatório de Lula e da análise das decisões produzidas no caso conhecido como “Triplex do Guarujá”, tomado como paradigma da politização do judiciário, analisamos como os “messias togados” atuam em audiência e na construção de sentenças, para verificar traços inquisitivos, que, segundo nossa hipótese articulada, estavam presentes na postura do juiz e nos seus aliados convocados.

Lembrando as trajetórias de nossa pesquisa, buscamos descrever a forma com que, no caso de Lula, a relação entre direito e política foi fortemente atravessada por termos morais. Ao transitarmos nas decisões expedidas pelas instâncias decisórias, observamos como o direito opera, por meio de sua linguagem pretensamente neutra e com forte intuito despolitizador, construindo e conformando lugares em cena. No processo de Lula, tratou-se da construção da figura administrada do corrupto, com forte conotação moral.

Ao analisarmos as decisões e a postura profissional da figura analítica dos “messias togados” durante a audiência, discutimos as relações entre administração e administrados, nas teias processuais, mostrando como a construção da pretensa neutralidade do direito em relação à política escorrega, facilmente, no território das moralidades.

O caso de Lula é exemplar de como as profissões jurídicas, notadamente a magistratura, apesar da heterogeneidade, conformou-se com uma resposta política institucional, que, por meio de uma série de reelaborações, do “país dos bacharéis” ao “país dos concursos público”, desenhou suas próprias prerrogativas profissionais, construindo concepções sobre o papel a ser por ela desempenhado. Na força-tarefa da Lava Jato, há um contorno a mais, conformando novas maneiras de interação com a esfera pública, constituída no formato de maxiprocessos.⁵⁵

O corrupto é construído, na “panacéia juristocrática”, como aquele que merece a morte política, e é por meio dessa figura administrada que se buscou construir o prestígio dos atores da Lava Jato. No processo “Triplex do Guarujá”, tratando-se do “controle dos políticos em si” e de politização do judiciário, os autos judiciais foram dados como um instrumental na disputa política, relembrando que a pauta anticorrupção, constituindo um aglomerado, reconfigurou as missões institucionais dos “messias de toga”.

No caso de Lula, a morte política foi instrumentalizada por meio de negociação judicial, sobretudo através da rotinização da violência do processo penal, e das negociações

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

próprias em seus intercursos. A guerra política se compôs por meio do linguajar do direito, como um saber pacificador que conduz a guerra rotinizada nos papéis e burocracias do Estado, no horizonte dramatizado e sintetizado nos autos penais, pelas mãos do Estado-juiz, burocratas concursados que conduzem as narrativas dos atores.

Embora se deva sistematizar o caráter inquisitorial, mobilizando outros estudos, pensamos que o caso de Lula oferece nuances importantes e paradigmáticas que poderão ser exploradas em pesquisas futuras, na correlação entre direito e política, constituindo interessante agenda de pesquisa, de forma a descrever os argumentos em controvérsias, como esses se desdobram nos processos judiciais, bem como a relação entre os atores e as transformações institucionais envolvidas na fabricação do direito.

Como já dito, na sensibilidade jurídica brasileira, o magistrado possui ampla iniciativa probatória, por força do seu caráter inquisitorial, tornando-se espécie de aliado do órgão acusador. No interrogatório, traços da mediação entre a forma de produção da verdade processual com a “messianização” dos atores do judiciário se fazem presentes.

Por fim, já com vistas a finalizarmos a conclusão, observamos que a audiência constrói artefatos no direito, que, por sua vez, possui sua ontologia específica, sua própria forma de construir mundos: remontando a totalidade de laços e endereçando os enunciados aos enunciadores, em fio contínuo, como aranha de muitos olhos que tece suas teias.⁵⁶ Ao produzir esses artefatos jurídicos, o direito, com a ajuda de seus inscriteiros-julgadores, produz entidades decisórias, operando por categorias específicas, que funcionam como critérios de veridicção, que, quando observados, atendem às condições de felicidade do regime de enunciação.

Se essas condições falharem, o modo de enunciação fracassa e o direito não é bem sucedido na sua fabricação. No caso de Lula, se este ingressou condenado em audiência, confirmado pela sentença posteriormente, os fatos futuros mostraram que, por parcialidade do juízo, o prédio do direito desabou, rompendo, gravemente, com as suas condições de felicidade, fluxo este que, desde o singelo ato judicial do interrogatório e da sentença cartografada, já era possível descrever.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. *Opinião Pública*, Campinas, SP, v. 25,

⁵⁶ Sobre o tema, ver: LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *Tecendo teias: precedentes e jurisdição constitucional*. Manuscrito. 2021.

n. 1, p. 100, 2019. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8656288>. Acesso em: 21 set. 2021.

BONELLI, M. da G. *Profissionalismo e Política no mundo do Direito*. São Carlos: EdUFSCar, Sumaré, FAPESP, 2002.

CAMARGO, Margarida Lacombe. *Entre a judicialização da política e a politização do judiciário*. Manuscrito. 2018.

CARLÉS, Roberto Manuel. *Guerras jurídicas y derecho penal del enemigo político*. Artigo apresentado na 8ª Conferencia Latinoamericana de Ciencias Sociales – Primer Foro Mundial del Pensamiento Crítico, realizada em Buenos Aires, noviembre de 2018.

CHALOUB, J. G. S.; LIMA, P. L. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil. *Revista de Ciências Sociais (UFC)*, v. 49, p. 202-252, 2018.

DUNLAP JR., Charles. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Artigo apresentado na Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 2001.

ESTRADA, Gaspard; BOURCIER, Nicolas. Le naufrage de l'opération anticorruption «Lava Jato» au Brésil. *Le Monde*, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/UjVQVE>. Acesso em: 10 abr. 2021.

FARIA, Elisa Sampaio de. *Cartografia de controvérsias: conexões entre o conhecimento científico e a disputa sobre a instalação do Projeto Apolo na Serra do Gandarela*. Dissertação (Mestrado em Educação, Conhecimento e Inclusão Social), UFMG, Belo Horizonte, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. 2007. 245 f. Tese (Doutorado em Antropologia). Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

FONTAINHA, Fernando; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do Mensalão à Lava Jato. In: KERCHE, Fábio; FERES Júnior, João, et al. (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros. Apresentação. Por uma sociologia empírica do direito. In: _____. *Sociologia Empírica do Direito*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 9-20.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Meritocracia e Concursos Públicos. *Insight Inteligência* (Rio de Janeiro), v. 63, p. 52-66, 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Todos eles juízes: um monopólio baseado na eficácia simbólica. In: ROJO, Raúl Enrique. (Org.). *Por trás da toga: magistratura, sociedade e política no Brasil de hoje*. 1. ed. Porto Alegre: Dom Quixote, 2014, p. 34-60.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Juízes empreendedores: Um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Les (en)jeux du concours: Une analyse interactionniste du recrutement à l'École Nationale de la Magistrature*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2011.

GEERTZ, Clifford James. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: _____. *O Saber Local*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998.

GLOECKNER, Ricardo J.; SILVEIRA, Felipe L. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1135-1174, set./dez. 2020.

GONÇALVES, Mírian *et al.* (Coords.); MILEK, Camila; RIBEIRO, Ana Júlia (Orgs.). *Relações indecentes*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

GREENWALD, Glenn *et al.* As mensagens secretas da Lava Jato. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://bit.ly/2zyPOdT>. Acesso: 09 jun. 2019.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. Trad. Mariza Corrêa. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 5, p. 7-41, 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773>. Acesso em: 21 set. 2021.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 29 jun. 2020.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba/PR, n. 3, p. 23-38, 1999.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social. Rev. Sociol. da USP*, São Paulo/SP, 9(1), p. 169-183, 1997.

LATOUR, Bruno. *Investigação sobre os modos de existência*. Uma antropologia dos modernos. Traduzido por Alexandre Agabiti Fernandez. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

LATOUR, Bruno. *A fabricação do direito*. Um estudo de etnologia jurídica. Traduzido por Raquel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Salvador, BA: Edufba, 2012; Bauru, São Paulo, SP: Edusc, 2012.

LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes*. Essai d'anthropologie symétrique. Paris: La Découverte, 1991.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *La pesadilla que no acaba nunca*: El neoliberalismo contra la democracia. Barcelona: Gedisa, 2017.

LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *Justiça messiânica*: direito, política e moralidades no caso Lula da Silva. Manuscrito. 2021.

LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *Tecendo teias*: precedentes e jurisdição constitucional. Manuscrito. 2021.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 7, n. 2 (maio 27, 2020), p. 203-223, maio. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/470>. Acesso em: 27 set. 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. Os tenentes agora vestem toga. *Insight Inteligência*, n. 79, p. 158-168, out./nov./dez. 2017, p. 158-168. Disponível em: <https://bit.ly/3gvqN3l>. Acesso em: 17 jan. 2019.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coords.). *O caso Lula*: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Dilemas da decisão judicial*: as representações dos juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2008.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Sociedade e Estado* [online]. 2011, v. 26, n. 1, p. 15-27. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002>. Acesso em: 21 set. 2021.

MORO, Sérgio F. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, [s. l.], n. 26, p. 56-62, 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Genealogias Políticas do Judiciário. *Revista NEP – Núcleo de estudos paranaenses da UFPR*, v. 4, p. 317-330, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/nep/article/view/60229/35560>. Acesso: 02 jun. 2019.

PRONER, Carol. *Lawfare* como herramienta de los neofascismos. In: GUAMÁN, Adoración; ARA-GONESES, Alfons; MARTÍN, Sebastián. *Neofascismo*: La bestia neoliberal. Madrid: Siglo XXI, 2019.

REZENDE, Francisco de Paula Ferreira. *Minhas recordações*. 1832-1893. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987.

STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (Orgs.). *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de (Orgs.). *O livro das suspeições*. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020.

TARDE, Gabriel. *Monadologie et sociologie*. Paris: Les Empêcheurs de marcher en rond, 1999.

TORELLY, Marcelo. Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. Em: *Repressão e Memória Política no contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília: Comissão de Anistia; Portugal: CES, 2010.

VENTURINI, Tommaso. *Piccola introduzione ala cartografia dela controversie*. Etnografia e ricerca qualitativa. 2008. Disponível em: <https://bityli.com/Cumqck>. Acesso em: 27 mai. 2021.

VIANNA, Adriana de R. B. Quem deve guardar as crianças? Dimensões tutelares da gestão contemporânea da infância. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Org.). *Gestar e gerir*. Estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002.

VIANNA, Raphael. Quem controla a água? Mapeamento de controvérsias na Guerra das Águas em São Lourenço. In: FERNANDEZ, Viviane; MACEDO, Joana; BRANQUINHO, Fátima (Orgs.). *Pedra, planta, bicho, gente... coisas: encontros da teoria ator-rede com as ciências ambientais*. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Mauad X; FAPERJ, 2018. p. 59-76.

POR QUE O STF ESTÁ ENFRENTANDO A LAVA JATO?¹

Breno Altman²

Houve um tempo que a República de Curitiba, com suas regras e procedimentos atípicos, comandada pelo ex-juiz Sérgio Moro, recebia a benção da corte suprema. Apesar de um ou outro reparo, o STF parecia avalizar os mecanismos de excepcionalidade que marcavam os processos em curso na 13ª Vara Federal, a sede da Lava Jato.

Deslanchada em 2014, a operação viveria sua primavera até o final de 2017. Sob as luzes e aplausos dos principais veículos de comunicação do país, transformados em correias de transmissão do espetáculo exibido a partir do Paraná, a Lava Jato dominava a cena política. Os partidos que compunham a oposição de direita, particularmente PSDB e DEM, entusiasmavam-se com a escalada repressiva contra o Partido dos Trabalhadores e seu líder histórico. Derrotados em quatro eleições presidenciais seguidas, os tucanos apostavam que Moro poderia carimbar seus passaportes de retorno ao comando do Estado.

Forjou-se ambiente de indomável euforia antipetista, semeado por amplos setores da imprensa, a começar pela poderosa Rede Globo, açulando as camadas médias e contagiando as instituições. Sob a bandeira do combate à corrupção, eram corroídas as garan-

¹ Artigo publicado no site do *El País*, em 13 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opinion/2021-02-13/por-que-o-stf-esta-enfrentando-a-lava-jato.html>. Acesso em: 29 de outubro de 2021.

² Jornalista e fundador do site Opera Mundi.

tias constitucionais e democráticas. Sequer tratava-se de uma situação nova. A maioria do STF, desde a Ação Penal 470, o chamado “mensalão”, concluída no final de 2012, abdicara da guarda do Estado de Direito, aceitando ou inventando manobras que pudessem solapar o governo Lula. Alguns dos ministros agiam de forma consciente, talvez acreditando nas denúncias apresentadas pela promotoria. Outros decidiam com a faca no pescoço. Absolver chefes petistas poderia significar um penoso ostracismo.

Somente resistiam algumas vozes isoladas, especialmente o ministro Ricardo Lewandowski. Mesmo a maioria dos indicados durante os mandatos petistas iria aderir à onda das excepcionalidades. O clamor popular fabricado pela mídia de massa, contra um inimigo ao gosto das elites que regem a sociedade, mostrou-se capaz de estimular incontido espírito de manada, cujo ápice ocorreria em 2016, entre a condução coercitiva de Lula e o golpe parlamentar que derrubaria a presidenta Dilma Rousseff.

O ex-juiz Sérgio Moro, exatamente nesse período, divulgaria gravações de conversas entre a chefe de Estado e seu antecessor, jogando para a plateia de verde e amarelo. Mais que uma irregularidade, tratava-se de crime escancarado. O STF, no entanto, contentou-se com um muxoxo do ministro Teori Zavascki (1948-2017), criticando a atitude do magistrado curitibano. Seu colega, Gilmar Mendes, agiu no sentido contrário. Com base nos diálogos difundidos, emitiu decisão contrária à nomeação de Lula para a chefia da Casa Civil, em inédita usurpação de atribuição exclusiva do Poder Executivo.

A subversão e a anarquia da ordem constitucional eram chanceladas, entre outras razões, porque jogavam água no moinho da oposição de direita liderada pelo tucanato. O PSDB inegavelmente era a legenda do coração e o bastião dos interesses da imensa maioria dos empresários e banqueiros, dos integrantes da alta burocracia estatal, dos barões da comunicação e das classes médias. Também eram conhecidos e comprovados os vínculos dessa agremiação com os democratas norte-americanos, que governaram a grande potência ocidental até o início de 2017.

Um novo fenômeno, porém, emergiria da potente mobilização golpista contra Dilma, capaz de levar milhões às ruas por sua derrubada. A teia sobre a qual se desenvolveu esse movimento era formada por grupos disseminados nas redes sociais durante os anos anteriores e que tinham mostrado sua musculatura nas chamadas *jornadas de junho*, em 2013, tomando da esquerda o comando das ruas e as incendiando contra o Palácio do Planalto.

Esses grupos, embora sem coordenação central e com fortes divergências entre si, eram bastante influenciados pela combinação, em diversos graus, de ideias neoliberais com paradigmas neofascistas. Não se reportavam às velhas legendas de direita, fundadoras da VI República, configurada pela Constituição de 1988. Seu papo era outro, misturando

nostalgia da ditadura militar, culto às Forças Armadas e antigos credos anticomunistas, um viés autoritário que também embalava valores racistas, sexistas e homofóbicos.

Tais patotas eram adoradoras da Lava Jato, sua principal arma na guerra contra o PT. A turma de Curitiba foi paulatinamente correspondendo a esse amor, se afastando do bloco que havia comandado o *impeachment* de Dilma e constituído o governo Michel Temer. Os setores lavajatistas do sistema de justiça, em expansão para outros estados, como o Rio de Janeiro, foram se incorporando ao caudal político que desaguaria no bolsonearismo. Esse deslocamento refletia a permanente busca por popularidade e a identidade crescente com o projeto de Estado policial representado pelo ex-capitão.

Os sinais práticos logo se manifestariam, entre 2017 e 2018, com investigações e processos abertos contra cardeais do PSDB e do PMDB, atingindo a Aécio Neves, Eduardo Cunha e o próprio Temer. Além de fortalecer o ramo político de sua nova preferência, a Operação Lava Jato queria exibir provas de neutralidade, esvaziando parcialmente as críticas de perseguição à esquerda e preparando terreno para o bote final, a prisão e a interdição do ex-presidente Lula, fundamentais para a disputa presidencial.

Esse cenário levou a uma lenta, mas essencial mudança no STF, liderada por Gilmar Mendes, talvez o ministro menos preocupado em agradar a opinião pública. Um grupo importante de ministros começou a questionar os métodos e as ilegalidades da operação, tratando de colocar-lhe algum anteparo.

A alteração de forças começou a ter maior nitidez em abril de 2018, quando foi julgado habeas corpus que poderia impedir o encarceramento de Lula. O receio de uma derrota levou o general Eduardo Villas Bôas, então comandante do Exército, a desembainhar espada e ameaçar veladamente com a reação dos quartéis. A faca no pescoço deixava de ter sentido figurado e definia a batalha.

A vitória de Bolsonaro e a nomeação de Moro para a pasta da Justiça acabariam por fortalecer o mal-estar político e jurídico contra a Lava Jato dentro do STF, que passaria a ser defendida, com radicalidade, apenas por um trio de magistrados indicados por Lula e Dilma: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux. O apoio de Cármen Lúcia e Rosa Weber, também nomeações petistas, passou a ser incerto. Conquistava espaço a aliança entre Lewandowski, Mendes, Dias Tóffoli e Alexandre de Moraes, muitas vezes acompanhada por Marco Aurélio de Mello e Celso de Mello.

Os fatos adquiriram outra velocidade em junho de 2019, com os diálogos sigilosos entre os integrantes da força-tarefa e o ex-juiz, revelados pelo site *The Intercept* e outros veículos. A ala garantista da corte suprema, junto com a defesa de Lula e a campanha por sua libertação, passava a ter munição de sobra para colocar a Operação Lava Jato na

berlinda, desarmando sua sustentação na sociedade e no Estado. O mecanismo estava nu, com a mão no bolso.

O tiro de misericórdia, no entanto, seria dado pelo principal beneficiário das arbitrariedades cometidas sob a batuta de Moro. O presidente Jair Bolsonaro, com pouco mais de um ano no governo, via com desgosto e temor a especulação de que seu ministro poderia ser candidato em 2022, enfrentando-o nas urnas em coalizão com a direita tradicional. Tratou de isolá-lo e desestabilizá-lo, até que saísse do governo, em abril de 2020. Para se assegurar da morte política de um perigoso rival, ao mesmo tempo em que tratava de proteger a si próprio e seu clã frente ao sistema judicial, já tinha nomeado Augusto Aras como procurador-geral, em setembro de 2019, com a tarefa de limar o legado da Lava Jato e construir pontes com os garantistas.

Esse giro seria selado em novembro de 2020, com a indicação de Kassio Nunes Marques ao STF, para o lugar de Celso de Mello, retirado por limite de idade. Essa substituição foi primordial, pois consolidava na 2ª Turma do tribunal, encarregada de todos os processos da Lava Jato, uma maioria crítica, formada por Mendes, Lewandowski e o ministro novato, contra Fachin, podendo atrair Carmen Lúcia para um quarteto dominante. Foi o que se viu no julgamento, em 9 de fevereiro, que liberou o acesso da defesa de Lula às conversas entre os procuradores da força-tarefa e o magistrado responsável.

Rompida com a direita tradicional e abandonada pelo bolsonarismo, a Lava Jato recebeu o beijo da morte, ainda que viúvas e órfãos lutem por sobrevivência. Seu corpo, fétido, ainda precisa ser enterrado. A anulação das sentenças contra Lula, por suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, é a grande chance para o STF, redimindo-se, extirpar o “maior escândalo judicial da história humana”, nas palavras de um articulista do New York Times, repetidas pelo ministro Gilmar Mendes, presidente da 2ª Turma do STF, durante a histórica sessão que cravou mais um punhal no coração da República de Curitiba.

O LAWFARE BRASILEIRO E A LEI DA FICHA LIMPA

Charlotth Back¹

Yanne Teles²

SUMÁRIO

LAWFARE E SUAS DIMENSÕES; O CAMPO DE BATALHA: O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO; O ARMAMENTO: A LEI DA FICHA LIMPA; AS EXTERNALIDADES: O COMBATE À CORRUPÇÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

Em fevereiro de 2018, ano de Eleições Presidenciais, a jurista Carol Proner escreveu sobre “O *lawfare* neoliberal e o sacrifício de Lula”³, no qual o então pré-candidato à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva, figurava como protagonista central da política brasileira, em especial naquele ano de sua sentença anunciada. Proner falou sobre

¹ Advogada Eleitoralista; Doutora em Ciências Jurídicas e Políticas pela Univeridade Pablo de Olavide (UPO/Espanha); Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professora e da Universidade Estacio de Sá (UNESA); integrante do setor de Direitos Humanos do Movimento dos Trabalhadores Sem Terras (MST); Vice presidente da Comissão de Direito Internacional e membro da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ); membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia; membro de Conselho Latino Americano de Justiça e Democracia (CLAJUD).

² Advogada Eleitoralista. Professora de Direitos Humanos e Direito Eleitoral. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Ciências Políticas, (UPO/Sevilha), Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide na Espanha. Especialista em Direito Público.

³ PRONER, Carol. O *lawfare* neoliberal e o sacrifício de Lula. *Sul 21*, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://sul21.com.br/opiniao/2018/02/o-lawfare-neoliberal-e-o-sacrificio-de-lula-por-carol-proner/>

a expectativa criada com o destino de Lula com a “chicana” entre os setores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Federal, com respaldo de uma mídia seletiva, da politização de setores do Poder Judiciário e a falta de limites de um poder descontrolado. O Brasil sofria – e sofre - um processo perigoso de judicialização da política, a partir da produção normativa jurídica extravasando os limites de interpretação razoáveis, e a aplicação do *lawfare* conforme ocasião.

Desde os anos 2000, a aplicação do *lawfare* já é estratégia dos EUA para a contenção do terrorismo no seu território e tem se estendido a outros espaços de interesse geopolítico do país, especialmente a América Latina. Como parte do desdobramento das táticas de dominação, a guerra por meio do direito, ao invés de contemplar a utilização de armamentos militares e de deslocamentos geográficos, passa a privilegiar instrumentos de dominação indiretos, que utilizam as instituições, a mídia e a cultura locais como mecanismos de destruição do inimigo e de desestabilização de governos legitimamente eleitos.

Os novos golpes contra a democracia, agora travestidos de golpes jurídico-parlamentares, e as perseguições políticas legitimadas por setores do Poder Judiciário e da mídia, são sintomas de que há uma grande ofensiva contra as conquistas sociais e contra a relativa independência internacional conquistada pelos países latino-americanos na primeira década do século XX. Em ambos os casos, o que se vê é a utilização traiçoeira das leis, a qual inverte ideologicamente o Direito para macular os direitos humanos ao invés de protegê-los, para perseguir e alvejar líderes populares que apresentam alternativas ao modelo neoliberal de sociedade.

No contexto brasileiro, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) se mostra como um dos principais instrumentos de aplicação do *lawfare* e de influência nos processos eleitorais, como se viu no pleito de 2018. O presente artigo pretende demonstrar como a Lei da Ficha Limpa serviu para este fim, sendo um verdadeiro “direito eleitoral do inimigo”, o que foi possibilitado pela judicialização da política ocorrida nos últimos anos, pela missão autoproclamada do Judiciário de combate à corrupção e pela própria estrutura jurídica da Lei da Ficha Limpa, que concedeu aos juízes e procuradores um grau de liberdade na aplicação da referida lei por meio da ampliação das possibilidades de inelegibilidades, especialmente relacionadas a atividades ilícitas e condutas reprováveis moralmente.

LAWFARE E SUAS DIMENSÕES

O *lawfare* é um conceito trazido das escolas militares, e faz parte da nova estratégia de guerra dos Estados Unidos, que passa a ser adotada no contexto surgido após os atentados de 11 de setembro de 2001. O que foi chamado por Andrew Kyrobko (2018) de

“guerra híbrida”, demonstrou que a nova abordagem americana contra seus inimigos combina táticas militares tradicionais – com o uso de armamentos e mecanismos clássicos de violência - e técnicas de desestabilização político ideológica – por meio da utilização das instituições, da mídia e da opinião pública para causar o maior dano possível ao seu adversário. Para o sucesso deste modelo, é preciso que se crie uma atmosfera de espontaneidade aos acontecimentos, que se normalize a violência e que se torne praticamente impossível que se perceba quem “integra as fileiras no exército inimigo”⁴.

O “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”, como é definido o *lawfare*⁵, mostra-se um método perfeito neste contexto, uma vez que o uso traiçoeiro das leis possibilita que ocorra um ataque “a partir de dentro”⁶ – com a cooperação de setores nacionais -, fornece uma máscara de legalidade a este ataque – já que justifica ilegalidades com a própria lei – e distorce a vontade da maioria – uma vez que, juntamente com aparato midiático, cria-se uma atmosfera legitimadora de ações moralistas e persecutórias, as quais são extremamente seletivas.

Para Valim, Martins e Zanin⁷, nas guerras tradicionais, são diversos os fatores que irão determinar o sucesso ou não de uma estratégia militar, e isso ocorre também nas estratégias de *lawfare*, a qual apresenta três dimensões que se complementam para atingir a finalidade almejada: a geografia, o armamento e as externalidades. A primeira seria a escolha do campo de batalha, ou seja, onde será travado o embate. A segunda representa as armas que serão usadas para o ataque ao inimigo. E a terceira, as externalidades, corresponde às “técnicas de manipulação de informação para gerar um ambiente favorável ou aceitável para o uso das armas”⁸ contra um inimigo. O uso integrado e inteligente dessas três dimensões pelos estrategistas será essencial para uma possível vitória no embate. Para Souza⁹, esta estratégia “passa a envolver muito menos a noção de confrontação explícita, em favor de uma abordagem que favorece o caos social voluntariamente produzido como arma”.

Todo este processo, todavia, é encoberto por uma retórica inquestionada de globalização ou mundialização, que nos faz crer que a realidade do mundo é dada, ou seja,

⁴ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020, p. 89.

⁵ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 21.

⁶ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

⁷ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

⁸ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

⁹ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020, p.87.

que não pode ser modificada, assim como a expansão das democracias neoliberais, da economia capitalista, dos mercados financeiros e da concentração de poder. De acordo com Romano¹⁰,

Os Estados mais poderosos (como os EUA) utilizam o Direito para impor (por vias mais ou menos violentas) uma determinada ordem que os resulte conveniente aos seus interesses (econômicos, políticos, de segurança nacional, etc). [...] Em uma dinâmica que reproduz esta lógica no interior dos países periféricos, o *lawfare* torna-se uma ferramenta utilizada a partir do Estado, do governo ou a partir de minorias privilegiadas que a partir de cima reorganizam o cenário a favor dos interesses da rede transnacional de poder.

Nesse sentido, o *lawfare* constitui um instrumento que visa perturbar a ordem – política, econômica e social - a fim de que seja imposta uma nova ordem que resulte conveniente a mudanças de regimes e ao aprofundamento da dependência econômica, mas que vem encoberta de valores democráticos e da retórica dos direitos humanos.

No Brasil, a estratégia de *lawfare* vem se sofisticando nos últimos anos e pode ser constatada tanto no contexto do processo de *impeachment* da ex-Presidente eleita Dilma Rousseff, que foi afastada definitivamente de seu cargo, de forma ilegítima e sem a existência de crime de responsabilidade, como nas diversas operações de “combate à corrupção” empreendidas por membros da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário, como a Operação Lava Jato. No entanto, o caso mais evidente do *lawfare* desenrolou-se ao longo do período eleitoral de 2018, no qual foi empreendida o uso estratégico e persecutório do direito, especialmente da Lei da Ficha Limpa, para retirar da disputa o principal candidato de oposição, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nas próximas seções, será demonstrada a construção das três dimensões da estratégia de *lawfare* neste caso, sendo inegável seu sucesso após a eleição de Jair Bolsonaro naquele pleito.

O CAMPO DE BATALHA: O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A primeira dimensão do *lawfare* diz respeito ao espaço geográfico escolhido para o combate. Em combates simbólicos, como ocorre nas guerras indiretas¹¹, o campo de batalha se traduz nos espaços onde serão usados os armamentos – a segunda dimensão estratégica

¹⁰ ROMANO, Silvina M. Introducción. *Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina*. In: S. ROMANO et al *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores; 1ª edição, 2019, p. 22 (tradução nossa).

¹¹ KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas*. Das revoluções coloridas aos golpes. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

do *lawfare*. De acordo com Valim, Martins e Zanin¹², “o campo de batalha aqui é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito”, ou seja, o Poder Judiciário.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passa por um processo de judicialização da política, que inicialmente se justificou na medida em que o Poder Judiciário atua na proteção contramajoritária das minorias e pela “imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público”¹³. No entanto, este mesmo processo possibilitou e legitimou uma interferência indevida nos processos eleitorais, sob o manto de uma pretensa “limpeza que a justiça eleitoral tomou para si, como se ela pudesse resolver problemas de improbidade administrativa e de corrupção no Brasil”¹⁴. Para Avritzer, a missão de combate à corrupção adotada por setores do Judiciário reforçou uma “concepção moral de política judicialmente sancionada”¹⁵, na qual é aceitável que órgãos estranhos à atividade administrativa típica interfiram em atos eminentemente políticos.

O que tem ocorrido é uma tentativa de condução judicial das escolhas políticas do eleitorado e da atividade estatal, por meio da utilização tanto do Direito Penal como do Direito Eleitoral como limitadores das condutas dos agentes públicos. Sabe-se que o Direito Penal e o Direito Eleitoral são manifestações do mesmo *jus puniendi* estatal, que tem o condão de limitar direitos e impor sanções. Por esse motivo, deveria haver em ambos a aplicação dos princípios penais como informadores do direito sancionador, o que não se dá nos processos de *lawfare*¹⁶. Há um “manejo da violência do Direito”¹⁷, a qual constitui a “própria negação do Direito e dos direitos”¹⁸. Para Valim, Martins e Zanin, pode-se afirmar que “o *lawfare* traduz um completo esvaziamento do Direito”¹⁹. De acordo com Avritzer²⁰,

¹² VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 35.

¹³ SALOMÃO, Luis Felipe. Ativismo judicial: para quem e por quê? *Migalhas*, Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>

¹⁴ ÂMBITO JURÍDICO. Ex-ministro da Justiça diz que processo eleitoral é vítima de insegurança jurídica, 21 de setembro de 2020. *Âmbito Jurídico*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/noticias/ex-ministro-da-justica-diz-que-processo-eleitoral-e-vitima-de-inseguranca-juridica/>

¹⁵ AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

¹⁷ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

¹⁸ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

¹⁹ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

²⁰ AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020, p. 26.

o *lawfare* aplicado no Brasil, ao renunciar à ideia de que a lei deveria ser a única fonte para determinar o que é legal ou ilegal, passou a seguir os moldes judiciais de experiências totalitárias, nas quais ideias irrefutáveis (como o combate à corrupção) justificavam a distorção do debate público e a repressão dos opositores.

Uma perseguição excessiva da atividade política pelo braço mais forte do Estado, o sistema de justiça criminal, mina a legitimidade geral das instituições e leva à criminalização da política. Ademais, desrespeita frontalmente os direitos políticos dos cidadãos de votar e serem votados e a soberania popular, já que o voto popular é como única fonte legitimadora dos atos advindos dos poderes estatais.

No contexto eleitoral, mais especificamente, a Justiça Eleitoral fornece um espaço permeável a “inclinações interpretativas” que darão às “armas a serem utilizadas [...] mais ou menos força”. Deve-se ter em mente que a Justiça Eleitoral no Brasil, por ser um órgão eminentemente político, e seus magistrados estarem a mercê de indicações também políticas, as decisões podem, muitas vezes, ser movidas por paixões partidárias, o que levaria a julgamentos parciais ou, em casos mais extremos, a perseguições políticas ou ideológicas por parte dos julgadores.

Além disso, a realidade territorial brasileira, um país de dimensões continentais e com um número muito elevado de magistrados eleitorais, não impede que surjam toda sorte de interpretações para casos parecidos, levando a situações desproporcionais e injustas. Dessa forma, se constata que, na seara eleitoral, estaríamos submetidos a uma enorme insegurança jurídica. Nesse esteio, preconiza Jardim²¹:

Os litígios eleitorais, ainda que condicionados aos cânones do direito positivo, contém peculiaridades que não se pode encobrir: a passionalidade dos atores e a emotividade dos argumentos. Os traços sociológicos da natureza brasileira afloram explosivamente na arena política.

Para Cardozo²², esses fatores exacerbaram a possibilidade de utilização da Lei da Ficha Limpa com o intuito de se perseguir adversários políticos, pois verifica-se uma “produção normativa da Justiça Eleitoral que extravasa os limites de interpretação plausíveis, e aplicação do *lawfare*, de acordo com a ocasião, clamor público, etc”, especialmente com a justificativa de combate à corrupção. Nesse sentido, a própria instituição responsável pela

²¹ JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

²² ÂMBITO JURÍDICO. Ex-ministro da Justiça diz que processo eleitoral é vítima de insegurança jurídica, 21 de setembro de 2020. *Âmbito Jurídico*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/noticias/ex-ministro-da-justica-diz-que-processo-eleitoral-e-vitima-de-inseguranca-juridica/>

proteção dos direitos políticos e pela promoção da democracia instrumentaliza o esvaziamento do papel dos direitos como limitadores ao exercício do poder econômico, dando a este processo de uma pretensa roupagem jurídico-procedimental de respeito à Constituição e às leis brasileiras.

O ARMAMENTO: A LEI DA FICHA LIMPA

A segunda dimensão do *lawfare* traz a perspectiva dos instrumentos a serem utilizados como armas ao longo do conflito. No caso em análise, tanto o direito penal como o direito eleitoral serviram como mecanismos repressivos para “salvar o Estado de Direito e a democracia”²³, os quais encobriram os objetivos iniciais de aniquilamento do inimigo – cada uma à sua maneira.

O Direito Penal e Direito Eleitoral são ambos ramos do Direito Público e gozam de autonomia científica, a qual lhes garante contornos nítidos e bem definidos. Entretanto, mesmo que ontologicamente distintos, é forçoso reconhecer que tanto o Direito Penal quanto o Direito Eleitoral estão inseridos no contexto global do poder-dever punitivo do Estado²⁴ e são aptos a impor sanções às condutas antijurídicas, sanções essas que variam em intensidade e espécie, por força da natureza da resposta de cada um desses ramos do direito. Dessa forma, a prerrogativa punitiva do Estado não se esgota na esfera penal, pois estende-se à seara eleitoral, assim como o seu uso traiçoeiro contra os considerados inimigos, o que configura o *lawfare*.

O Direito Penal do Inimigo – arranjo que abusa do poder penal punitivo do Estado – é doutrina foi criada na década de 1980 pelo jurista alemão Gunther Jakobs²⁵, mas que ganhou força no governo de George W Bush, após o ataque às Torres Gêmeas de 2001, e, principalmente, nas invasões norte-americanas ao Afeganistão e ao Iraque.

Sob o argumento de segurança nacional, de legítima defesa ou de combate ao terrorismo – no caso do Brasil com a finalidade de “combater a corrupção”- certas pessoas, por serem consideradas inimigas da sociedade ou do Estado, não deteriam todas as garantias e proteções penais e processuais penais que são asseguradas aos demais indivíduos. Em nome da defesa da sociedade, as garantias penais mínimas consagra-

²³ ROMANO, Silvina M. Introducción. *Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina*. In S. ROMANO *et al* *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores; 1ª edição, 2019, p. 29.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2007.

²⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

das pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a presunção de inocência, a vedação da condenação sem provas, o princípio da legalidade, a neutralidade do julgador, a proibição da tortura, bem como o impedimento de obtenção de provas por meios ilícitos, não se aplicam aos proclamados “inimigos da sociedade”. O *lawfare*, segundo Zaffaroni²⁶ ao tratar do inimigo nas esferas jurídicas punitivas, traz para dentro do Estado de Direito um conceito ali inexistente, já que o inimigo é uma figura típica da guerra, e que, por isso, justificaria a aplicação da doutrina do Direito Penal do Inimigo.

Jakobs propõe a distinção entre um Direito Penal do Cidadão, que se caracteriza pela manutenção das normas, das garantias penais e dos limites ao poder de punição e investigação do Estado, e um Direito Penal do Inimigo, totalmente orientado para o combater os “perigos” sociais, e que permite que qualquer meio disponível, lícito ao não, seja utilizado para punir esses não-cidadãos. De acordo com Jakobs²⁷, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo e de visibilizar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal.

Nesse contexto, temos o Direito Penal do Cidadão, cuja tarefa é garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade, e o Direito Penal do Inimigo, ao qual cabe a missão de eliminar inimigos e enfrentar perigos. No Direito Penal do Inimigo, há uma verdadeira caçada ao autor de um pretense delito, pois o agente é punido pela sua identidade, por suas características e pela sua personalidade. Pune-se o autor, e não a conduta delitativa em si. Assim, reprova-se a periculosidade do agente e não sua culpabilidade. A aplicação deste Direito Penal do Inimigo significa a suspensão de “certas normas” para “certas pessoas”, o que sempre é justificado pela necessidade de proteger os “homens de bem”, a sociedade ou o Estado contra determinadas ameaças coletivas.

No contexto brasileiro, o Direito Penal do Inimigo foi usado na autoproclamada missão do Judiciário de “combate à corrupção”²⁸. Lula e demais políticos da esquerda foram tratados como verdadeiros inimigos e não como cidadãos acusados em um processo criminal. Ou seja, os réus aqui não são considerados sujeitos de direito, ou mesmo alvos de proteção jurídica; na verdade, são objetos de coação, desprovidos de direitos e da proteção jurídica mínima a que todos os seres humanos têm direito, mesmo aqueles investigados por crimes.

²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Pena*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

²⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁸ BACK, Charlottth. Direito penal do inimigo político. In: PRONER Carol et al. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

Lacerda²⁹ nomeia esse fenômeno de processo penal de exceção, no qual ocorre o combate a um inimigo político apontado como tal por interesses estatais ou mercadológicos internacionais, pautados no neoliberalismo, ou mesmo para retirar a legitimidade de líderes eleitos.

Desse modo, o sistema de justiça forja interpretações do direito contrárias à Constituição Federal e ao ordenamento posto, com o propósito fraudulento de emprestar legitimidade democrática formal – através do procedimento institucionalizado das práticas judiciais – a atos materialmente autoritários que afrontam a soberania popular.

A sentença do ex-juiz Sergio Moro, que condenou o ex-Presidente Lula a nove anos e seis meses de reclusão por um suposto (e não comprovado) enriquecimento ilícito, fruto de uma alegada prática de corrupção, correspondeu à aplicação do Direito Penal do Inimigo. A leitura da sentença não deixa dúvidas de que o inimigo, apontado naquele ano de Eleições Gerais, era o então candidato do Partido dos Trabalhadores, Luiz Inácio Lula da Silva, que teve sua prisão efetuada em abril de 2018 ficando 580 dias na carceragem da Polícia Federal, na Superintendência localizada em Curitiba.

A autorização dada pela justiça do Paraná, pelo TRF-4, para prender Lula, com a imediata determinação expedida pelo ex-juiz Sérgio Moro, foi uma surpresa, já que não houve o trânsito em julgado do processo sequer na segunda instância. No entanto, o Tribunal não só confirmou a condenação como ainda majorou a pena. Da surpresa na decisão, vale lembrar o artigo 283 do Código de Processo Penal — que reproduz, *ipsis litteris*, o artigo 5º da Constituição, no seu inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Mesmo com seu candidato preso, o Partido dos Trabalhadores, no mês de agosto, durante a convenção nacional da sigla em São Paulo, confirmou a candidatura de Lula. E seria a legislação eleitoral naquele ano que sedimentaria o caminho para a perda de seus direitos políticos, e a proibição da sua participação no pleito, uma vez que o conceito de inimigo – trazido do Direito Penal – foi utilizado também no julgamento da sua candidatura às eleições de 2018 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tornando a Lei da Ficha Limpa um verdadeiro “direito eleitoral do inimigo”.

A Lei Complementar nº 135/2010, chamada Lei da Ficha Limpa, que completou 11 anos agora em 2021, é um projeto que surgiu da iniciativa popular, obteve mais de 1,5 milhão de assinaturas e veio para atualizar a Lei complementar nº 64/1990. Foi editada

²⁹ LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Processo penal de exceção*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

com o intuito de obstar a elegibilidade de candidatos que praticam atividades ilícitas, condutas reprováveis moralmente, assim como impedir a eleição de candidatos condenados por órgão colegiados a cargos políticos, que tiveram o mandato cassado ou que tiveram contas de mandatos anteriores rejeitadas por irregularidades que caracterizem improbidade administrativa. O objetivo da lei é contribuir para garantir a lisura e idoneidade dos políticos e combater a corrupção e a imoralidade. No entanto, leis como esta, com propósitos louváveis protetivos do sistema democrático são “convertidas em armas contra determinados inimigos”³⁰, quando falamos sobre a estratégia do *lawfare*.

No caso de Lula, de acordo com a Lei da Ficha Limpa, sua condição jurídica lhe deixava inelegível. Tal circunstância foi corroborada na madrugada de 1 de setembro de 2018, por 6 votos a 1, no TSE, que decidiu indeferir a sua candidatura a presidente e também proibi-lo de fazer campanha como candidato, com base na condenação oriunda da 13ª Vara Federal de Curitiba – comandada por Sergio Moro - “mesmo após o Comitê de Direitos Humanos da ONU haver emitido uma liminar para assegurar a participação do ex-presidente no pleito eleitoral”³¹.

A admissão ou não da candidatura de um indivíduo pela Justiça Eleitoral é um dos momentos mais importantes do processo eleitoral. E o questionamento judicial das causas de inexigibilidade, sem a definição de prazos para tramitação ou para julgamento das ações, tem se tornado um problema, já que existe o risco de que o candidato eleito e empossado perca o direito durante o exercício do mandato, ou mesmo que – como o caso de Lula – um candidato que não foi condenado de forma definitiva seja impedido de participar do pleito.

Para Valim, Martins e Zanin³², é negável o “uso estratégico da Lei da Ficha Limpa”, por meio da qual foi possível “impedir o adversário político de participar do certame eleitoral”. Neste caso, o direito eleitoral deixou de ser uma instância pacífica de resolução de conflitos e passou a ser instrumento de perseguição e de aniquilamento do “inimigo”.

Isso ocorre porque, enquanto os requisitos de elegibilidade são taxativos e devem ser cumpridos pelo candidato a um cargo público, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (CF 1988) no seu artigo 14º, os casos de inexigibilidade ali presentes, são passíveis de interpretação e modificáveis de acordo com o caso, o que demonstra um cenário de muita insegurança jurídica e espaço para arbitrariedades.

³⁰ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 50.

³¹ VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 50.

³² VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 50.

Para Clevè³³, o Brasil exagera na legislação para quem pretende disputar um cargo político, já que os compromissos internacionais assumidos pelo país não impõem uma essa tutela excessiva do eleitor.

Todas as hipóteses são válidas e legítimas, mas exageradas. Não se pode permitir o crescimento do direito eleitoral do inimigo, o *lawfare* na esfera judicial. Precisamos repensar e colocar freio de arrumação nesse papel de “limpeza” que a justiça eleitoral tomou para si, como se ela pudesse resolver problemas de improbidade administrativa e de corrupção no Brasil.

A legislação, portanto, aplicada neste sentido, restringe de forma demasiada os direitos políticos e acaba também por ferir a soberania do eleitor de escolher seus candidatos livremente. Além disso, abre brechas para atentados contra princípios constitucionais protetivos mínimos, como a presunção de inocência, quando torna o candidato inelegível sem que a Justiça tenha concluído definitivamente seu processo. E no caso de Lula, ademais de a Justiça Eleitoral ter indeferido seu pedido de registro logo no primeiro momento, de imediato também proibiu qualquer ato de campanha, o que prejudicaria sua participação no pleito eleitoral, caso conseguisse reverter o indeferimento de sua candidatura. Claramente, estamos diante de um direito eleitoral do inimigo que cerceou de forma traiçoeira e excessiva os direitos políticos fundamentais de um cidadão e as mínimas garantias dispostas na própria legislação.

AS EXTERNALIDADES: O COMBATE À CORRUPÇÃO

A terceira dimensão do *lawfare* diz respeito às estratégias externas às batalhas jurídicas que auxiliam na vitória contra o inimigo. Faz parte da guerra psicológica³⁴, que manipula as informações com o objetivo de desmoralizar o inimigo e destruir reputações de modo mais perverso possível.

As guerras híbridas, carregadas de interesses geopolíticos e geoestratégicos, hoje transformaram-se em intervenções diretas na política dos Estados-alvo e validam a relativização da soberania em nome da defesa da moralidade e do combate à corrupção. Claramente, estes objetivos são bastante ambíguos, pois são seletivos no que concerne aos

³³ ÂMBITO JURÍDICO. Ex-ministro da Justiça diz que processo eleitoral é vítima de insegurança jurídica, 21 de setembro de 2020. *Âmbito Jurídico*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/noticias/ex-ministro-da-justica-diz-que-processo-eleitoral-e-vitima-de-inseguranca-juridica/>

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. *Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina*. In: S. ROMANO et al *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores; 1ª edição, 2019, p. 10.

indivíduos submetidos a processos penais, e contém em si uma violência simbólica contra os direitos políticos das populações, uma vez que são somente “fachada para legitimar a mudança de governo por meios não democráticos que interessava tanto aos Estados Unidos quanto à elite brasileira”³⁵.

O início do século XXI foi marcado pela franca utilização da Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA, em inglês), a qual possibilitou que o governo dos EUA usasse sua jurisdição de forma extraterritorial para implantar sanções legais contra pessoas suspeitas de corrupção internacional. As maiores aplicações do FCPA foram contra grandes empresas, entre elas, algumas atuantes no Brasil, como petrolíferas e empreiteiras. Os réus ou acusados são forçados a aceitar acordos para pagamento de quantias bilionárias ao governo americano em troca da não continuidade de processo-criminal, bem como de multas altíssimas, sanções que são “curiosamente” aplicadas contra empresas de países majoritariamente em desenvolvimento. Nesse sentido, cria-se uma fachada legalista e de “aplicação jurídica” ao FCPA.

Esse discurso legalista foi encampado pela autoproclamada missão de setores do Judiciário de “combate à corrupção” e tem se encaixado perfeitamente na estratégia contemporânea do *lawfare* empreendida contra o Brasil. A corrupção passou a ser o “bode expiatório de todos os males do país” (p. 92)³⁶ e o estratagema para o surgimento de movimentos políticos conservadores. Para Casara (p. 215)³⁷, o termo “corrupção” é muito funcional como tática de *lawfare*, pois “não apresenta contornos rígidos, é maleável e seletivo, mas acaba sendo vendido como de interesse de todos e utilizável contra todos os indesejáveis”.

Serrano, ao analisar os países latino-americanos, de modernidade tardia ou capitalismo periférico, observou que há “nesses países a desobediência cotidiana da lei formal e o exercício da soberania à margem da mesma, ainda que com ampla aceitação social dessa atuação ilegal estatal”³⁸, em nome da defesa da moralidade e do combate à corrupção. Assim, como há convivência contemporânea “com um Estado formal democrático e um Estado de Exceção permanente para controlar a pobreza, os processos de legitimação desse último são exatamente idênticos aos processos linguísticos de legitimação de medidas de exceção do Estado formal” – esses são conceitos usados com objetivos desumanizadores de inimigos chamados de comunistas, terroristas, bandidos, e, no Brasil, de corruptos.

³⁵ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

³⁶ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

³⁷ CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

³⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

De acordo com Valim³⁹,

o inimigo está plasmado na figura do corrupto, a quem são negadas as mais óbvias garantias processuais enfeixadas no princípio do devido processo legal, em uma guerra que desconhece limites. Nesse contexto, o enfrentamento da corrupção, enquanto desafio fundamental das democracias contemporâneas, passa a constituir um cavalo de troia dentro do Estado de Direito, sendo usado em favor de interesses inconfessáveis.

Por trás de um discurso pretensamente democrático e de defesa dos bens públicos, está um autoritarismo judicial dissimulado, típico de contextos de Estado de Exceção. O autoritarismo passa a ser mais eficiente, pois consegue diluir-se e confundir-se no interior de uma proposta discursivamente democrática, que, por isso mesmo, não pode ser contraposta a nenhum outro argumento, sem que este seja considerado um “perigo aos homens de bem”.

De acordo com este discurso de senso comum, baseado na ideologia da “defesa social”, é plenamente possível mitigar direitos e garantias fundamentais “em prol da sociedade”. A corrupção passa a ser uma “arma simbólica” (p. 103)⁴⁰ contra a própria população e justifica a troca de governos não funcionais aos interesses dos grandes grupos econômicos. Na história do Brasil, a luta contra a corrupção já foi mais de uma vez utilizada para afastar governos democraticamente eleitos, justificar golpes e criar condições para a tomada de medidas autoritárias que estancassem políticas favoráveis aos destituídos⁴¹.

A colaboração evidente com a mídia, com a finalidade de criar uma mobilização popular Operação Lava Jato nos dão a certeza de que aquele processo de registro de candidatura passou muito distante de um processo eleitoral calcado na retidão necessária às instituições democráticas. Foi, na verdade, um processo eleitoral revestido de interesses políticos e econômicos inconfessáveis que usou de todos os meios existentes, lícitos ou ilícitos, para condenar o ex-Presidente, ainda que para isso seja necessário macular o Direito, flexibilizar as garantias processuais, desnaturalizar os princípios constitucionais, ou seja, aplicar de forma explícita, o *lawfare*.

³⁹ VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 31.

⁴⁰ SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

⁴¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida: o Brasil no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

Essas táticas que permeiam as esferas externas às batalhas jurídicas são essenciais para legitimar perseguições a inimigos apontados pelo capital estrangeiro e pelo mercado neoliberal e fortalecer o discurso contra a corrupção como mola propulsora da expansão da jurisdição norte-americana - basta lembrar das declarações recentes do presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, dizendo que irá combater e prevenir a prática da corrupção dentro e fora do país.

CONCLUSÃO

A cada eleição, volta o debate sobre a necessidade de garantir a ética e a moralidade nas casas legislativas e governos, através de barreiras a candidatos que não preenchem requisitos morais e éticos. Ninguém, em sã consciência, será capaz de sustentar contra a necessidade de impedimentos a impostores políticos, com sórdidos interesses que só aviltam a coisa pública e a dignidade da nação.

No entanto, risco maior para a sociedade democrática é a vulneração da ordem jurídica, ainda que a pretexto de relevantes propósitos de “combate à corrupção”, mais ainda quando preconizada por uma instituição a quem foi dado constitucionalmente o poder, e o dever, de aplicá-la e de garantir sua eficácia, o Poder Judiciário. Cabe lembrar aqui que, a título de combate à subversão e à corrupção, uma “revolução” se fez em 1964, rasgando-se a Constituição e mergulhando o país em longo e obscuro período de arbítrio e violência.

Os retrocessos político-institucionais experimentados em nossa região, que desautorizam decisões democráticas advindas das urnas, a utilização do *lawfare* têm colocado em xeque o sustentáculo principal da democracia representativa: a soberania popular exercida por meio do voto secreto. Estes golpes contra a democracia demonstram que os direitos humanos, por mais que estejam positivados e garantidos em lei, são resultados apenas provisórios de processos de lutas constantes contra as sempre presentes tentativas de limitar a participação popular nos negócios públicos, capitaneadas por aqueles que, em nome de uma pretensa vontade popular, se arrogam das instituições e das leis para mudar os rumos já escolhidos democraticamente nas urnas.

Nesse sentido, os direitos políticos não podem nem devem ser encarados como meras declarações formais de intenções para práticas democráticas. Há que se separar os aspectos puramente procedimentais do exercício da democracia representativa, dos valores que inspiram o verdadeiro ideal democrático, a fim de que seja construída uma efetiva participação popular igualitária. Tal situação nos instiga a reafirmar novamente o voto popular como única fonte legitimadora dos atos advindos dos poderes estatais.

REFERÊNCIAS:

- ÂMBITO JURÍDICO. Ex-ministro da Justiça diz que processo eleitoral é vítima de insegurança jurídica, 21 de setembro de 2020. *Âmbito Jurídico*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/noticias/ex-ministro-da-justica-diz-que-processo-eleitoral-e-vitima-de-inseguranca-juridica/>
- AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020.
- BACK, Charlotth. Direito penal do inimigo político. In: *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Organizadores: Carol Proner et al. (orgs). Bauru: Canal 6, 2017.
- CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas*. Das revoluções coloridas aos golpes. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Processo penal de exceção*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- PRONER, Carol. O *lawfare* neoliberal e o sacrifício de Lula. *Sul 21*, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://sul21.com.br/opiniao/2018/02/o-lawfare-neoliberal-e-o-sacrificio-de-lula-por-carol-proner/>.
- ROMANO, Silvina M. Introducción. *Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en America Latina*. In: S. ROMANO et al. *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores; 1ª edição, 2019.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Ativismo judicial: para quem e por quê? *Migalhas*, Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e--por-que>.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida: o Brasil no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2007.

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VALIM, Rafael; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Pena*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefacio. *Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en America Latina*. In: S. ROMANO *et al* *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores; 1ª edição, 2019.

Capítulo 36

LAWFARE **NOS FUNDOS DE PENSÃO**

*Fabiano Silva dos Santos*¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; A REGULAÇÃO DOS FUNDOS DE PENSÃO NO BRASIL; A “FARSA” CORRUPÇÃO EM FUNDOS DE PENSÃO; HISTÓRICO DE PERSEGUIÇÃO; A DESTRUIÇÃO DE SETORES DA ECONOMIA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os fundos de pensão certamente se demonstraram como instrumentos essenciais para as enormes mudanças de correlação de forças nas economias das sociedades contemporâneas. As referidas entidades reúnem os recursos de uma grande coletividade de trabalhadores de setores importantes da economia, com o fim primordial de garantir a esses trabalhadores, quando do encerramento da jornada de vida de trabalho, uma aposentadoria complementar.

A criação desses fundos anteviu as dificuldades pelas quais praticamente todas as estruturas de seguridade social do mundo passariam, pois com as alterações nas relações sociais e até mesmo com a inversão nas pirâmides de crescimento das populações, os Estados já há algum tempo têm encontrado dificuldades em assegurar uma remuneração compatível com o que se espera como qualidade de vida aos aposentados. Por essa razão,

¹ Professor na Universidade Paulista – UNIP, advogado, possui MBA em Gestão Estratégica pela FACAMP, mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

os trabalhadores, quando possível, acabam se socorrendo dos sistemas privados para a complementação de renda.

Com isso, a responsabilidade dos administradores dos fundos de pensão não pode ser desconsiderada, pois cabe a eles a gestão dos recursos para a manutenção da plena saúde financeira da entidade,

Ao mesmo tempo, eles devem buscar investimentos que proporcionem resultados que sejam suficientes para o equilíbrio entre o pagamento das complementações das aposentadorias atuais, bem como, dos benefícios futuros daqueles que contribuíram. É o chamado equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios, que vem expressamente previsto no art. 202 da Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional de regência.

O conglomerado de capital decorrente da junção de recursos de grande contingente de trabalhadores viabilizou a formação de entidades pelo mundo afora e esses fundos de pensão são importantes atores em investimentos em diversos países.

Para se ter uma ideia do patrimônio desses fundos, figuram entre os 3 maiores o Government Pension Investment do Japão, com patrimônio de 1.7 bilhões de dólares, seguido por Government Pension Fund Norueguês, com 1.3 bilhões e o National Pension da Coreia do Sul, com pouco mais de 700 bilhões de dólares².

Tais recursos carecem de serem investidos para que os “futuros” beneficiários de aposentadorias e/ou pensões possam ter seus recursos rentabilizados a fim de ter um envelhecimento tranquilo.

No Brasil, os maiores fundos de pensão, em termos de patrimônio, são a Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, entidade criada para gerir os planos de benefícios dos funcionários do Banco do Brasil, a Fundação Petrobras de Seguridade Social - Petros (Funcionários da Petrobrás), a Fundação dos Economistas Federais - Funcef (Funcionários da Caixa Econômica Federal), seguidas pela VIVEST, antiga FUNCESP, fundo de previdência da CESP (Centrais Elétricas de São Paulo)³.

² Disponível em: <https://fundspeople.com/pt/os-20-maiores-fundos-de-pensoes-do-mundo-crescem-146-o-melhor-numero-desde-2004/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

³ Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/previ-petros-funcef-e-vivest-como-os-quatro-maiores-fundos-de-pensao-do-pais-planejam-seus-investimentos-em-2021/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

Raio X dos 4 maiores fundos de pensão do Brasil

Fundo	Empresa patrocinadora	Participantes*	Total sob gestão	Retorno em 2020**	Meta atuarial**
Previ	Banco do Brasil	430 mil	R\$ 220 bilhões	11%	8,4%
Petros	Petrobras	450 mil	R\$ 111,5 bilhões	9,50%	9%
Funcef	Caixa	350 mil	R\$ 75,5 bilhões	4,60%	5,4%
Vivest	Cesp	100 mil	R\$ 34,5 bilhões	14,30%	30,8%

*Número considera participantes ativos (que seguem em atividade), dependentes e aposentados

**Rentabilidade e meta atuarial até setembro, no caso da Funcef, e até novembro, na Previ

Fonte: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar⁴

Como se nota, tais entidades têm sob sua gestão um grande patrimônio constituído mediante a contribuição de seus participantes (funcionários das empresas) e contribuição advinda das próprias empresas que patrocinam os planos de benefícios administrados pelos fundos de pensão respectivos, tendo em vista que administram recursos de terceiros. Naturalmente, essa atividade é muito bem regulada e fiscalizada pelo Poder Público, a fim de se preservar os recursos dos participantes e pra manter a estabilidade do sistema financeiro nacional.

A REGULAÇÃO DOS FUNDOS DE PENSÃO NO BRASIL

O regime de previdência complementar brasileiro se alicerça no artigo 202 da Constituição Federal, que estabelece os princípios norteadores do sistema complementar de previdência social, quais sejam: complementariedade, autonomia em relação ao regime oficial, facultatividade, caráter de contrato privado, independência da relação trabalhista e formação de reservas garantidoras do benefício contratado.

As entidades fechadas de previdência complementar, também conhecidas como fundos de pensão, são regidas pelas Leis Complementares n.º 108 e 109, de 29 de maio de 2001 e pelas demais regras emanadas pelos órgãos reguladores do sistema. São pessoas jurídicas de direito privado submetidas à disciplina legal de idêntica natureza, não importando se seus patrocinadores são empresas públicas ou sociedades de economia mista ou empresas privadas; exceção para as entidades criadas a partir da EC 41/03 e Lei n.º 12.618/12, que congregam os fundos de pensão dos servidores públicos.

⁴ Disponível em: <https://www.abrapp.org.br/consolidado-estatistico/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

Portanto, a natureza jurídica desses fundos é claramente privada e são regidos por legislação específica, incumbindo-lhes do dever legal de constituir reservas técnicas, provisões e fundos, voltados ao custeio dos benefícios a serem pagos futuramente aos seus participantes, ou seja, administrar os planos de benefícios a fim de garantir reservas suficientes para os benefícios contratados junto aos seus participantes.

A norma geral que regulamenta os fundos de pensão – Lei Complementar n.º 109/2001, determina que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar deverão se organizar sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, nos termos do parágrafo único do seu artigo 8º, abaixo retratado:

Art. 8º A administração e execução dos planos de benefícios compete às entidades fechadas de previdência complementar mencionadas no art. 1 desta Lei Complementar.

Parágrafo único. As entidades de que trata o caput organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

A fiscalização das entidades fechadas de previdência é de responsabilidade da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC – criada pela Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que consolidou todos os esforços dos agentes do sistema previdenciário, em especial da até então Secretaria de Previdência Complementar (“SPC”) do Ministério da Previdência Social (“MPAS”), em instituir legalmente uma autarquia de natureza especial vinculada ao Ministério da Previdência Social. A PREVIC possui como características: (i) autonomia administrativa e financeira; e (ii) quadro próprio composto por membros aprovados em concurso público com a função de fiscalizar e supervisionar as atividades das EFPC.

Com a criação da PREVIC, retirou-se da administração pública direta, ou seja, da antiga Secretaria de Previdência Complementar, a competência de fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos Fundos de Pensão, sendo que o sistema de previdência complementar deveria ganhar maior agilidade e operacionalidade, contudo, percebe-se claramente que tais objetivos não foram alcançados e que muitas vezes este importante órgão é utilizado para empreender instabilidades e para punir de forma desarrazoada, determinadas pessoas, de determinadas entidades.

A PREVIC tem como objetivo a fiscalização e a supervisão das atividades exercidas pelas EFPC, tendo como norte, a tutela dos interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios administrados pelas referidas entidades. Confira-se, nesse sentido, o disposto no art. 1º da Lei 12.154/2009:

Art.1º Fica criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional.

Parágrafo único. A Previc atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis.

Da leitura do art. 2º,⁵ da lei de criação da PREVIC, verifica-se que o legislador foi enfático ao determinar que, à autarquia especial compete, entre outras atribuições: proceder à fiscalização das EFPC; apurar, julgar e aplicar as penalidades; expedir instruções e procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência. Diante da quantidade de recursos financeiros administrados pelos fundos de pensão, não é difícil imaginar a possibilidade de existência de práticas delituosas que visem não só o desvio das finalidades das entidades de pensão, mas principalmente os ativos destes, em prejuízo de toda uma coletividade.

É compreensível, e também se pode dizer que até justo, a busca de proteção de entidades que deveriam zelar pelo patrimônio de uma grande quantidade de colaboradores. Em grande parte dos casos mencionados, têm se afirmado que os fundos de pensão são instituições financeiras por equiparação para, dessa forma, viabilizar a imputação das penas atinentes aos delitos previstos na lei de crimes contra o sistema financeiro.

Cabe, por fim destacar que a aplicação desses recursos obedece às regras estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, que edita resoluções estabelecendo as premissas dos investimentos dos fundos pensão. Há limites por segmento (renda fixa, renda variável, fundos estruturados, empréstimos aos participantes, investimento no exterior). Objetiva-se deixar à disposição dos gestores das entidades a elaboração de suas próprias políticas de investimento, visando à busca da diversificação das aplicações a fim de propiciar investimentos seguros e que na média da carteira possam alcançar os objetivos de cada plano, ou seja, suas metas atuariais.

⁵ Art. 2º Compete à Previc: I – proceder à fiscalização das atividades das entidades de previdência complementar e de suas operações; II – apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis; III – expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar, a que se refere o inciso XVIII do art. 29 da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003;

Portanto, os fundos de pensão estão inseridos em um ambiente muito regulado e por integrarem o sistema financeiro nacional, requerem uma especial atenção das autoridades governamentais

A “FARSA” CORRUPÇÃO EM FUNDOS DE PENSÃO

Os Fundos de Pensão brasileiros têm uma ilustre importância para o país e, tal como ocorreu com outras entidades e pessoas, também foram alvo de insidiosa campanha de *lawfare* e *fake news* nos últimos anos, como será demonstrado.

Grande parte das buscas e perseguições ocorridas são de cunhos meramente políticos, na qual a real motivação para condenação nestes processos está fora do âmbito do Direito. Muitas vezes apenas são criadas determinadas “imagens” através de clamor da mídia, que, de forma artilosa, transmite o ar de legalidade. No entanto, na maioria das vezes não condiz com a realidade dos fatos praticados e, deste modo, buscando apenas atribuir a culpa para “um indivíduo” ao invés de encontrar “o indivíduo” responsável.

Neste sentido, destaca-se a expressão utilizada como *lawfare*. Termo este, formado da união do inglês *law*, “direito”, e *warfare*, “guerra”, que na tradução para língua portuguesa significa “guerra jurídica”.

Foi no ano de 2001 em que essa expressão ganhou notoriedade com o Coronel das Forças Armadas dos Estados Unidos Charles Dunlap Jr, que assim definiu como “a estratégia de utilizar ou mal utilizar a lei em substituição aos meios militares tradicionais para se alcançar um objetivo operacional”.⁶

De maneira simplificada, pode-se dizer que o termo *lawfare* é uma espécie de prática jurídica de guerra, no qual o uso do Direito é utilizado como um instrumento para causar maior dano possível a um desafeto político e condená-lo.

No Brasil, o fenômeno conhecido como *lawfare*, repercutiu após ser utilizado no âmbito da Operação Lava Jato, por meio da defesa técnica de Luiz Inácio Lula da Silva, sendo apenas um de seus principais argumentos em todos os processos de supervisão de Sérgio Moro, “é *lawfare*: É o uso estratégico do Direito para fins políticos, geopolíticos, militares e comerciais, etc. É o que explica os ataques judiciais ao ex-Presidente por sua condição política e simbólica”.⁷

⁶ <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-o-que-e-lawfare-o-uso-estrategico-do-sistema-judicial/>

⁷ PRONER, C.. Lava Jato e a Degradação do Sistema de Justiça no Brasil. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de; PRONER, Carol; SANTOS, Fabiano Silva dos. (Org.). *Livro das Parcialidades*. 1ed.Rio de Janeiro: Editora Telha, 2021, p. 55-66.

No caso mencionado, restou demonstrado que houve o conluio entre o Ex-Juiz Federal Sérgio Moro e o Ministério Público Federal. Na época, vieram à tona várias notícias na imprensa acerca do descobrimento de provas decorrente de meios ilícitos utilizadas no caso, como, orientação de juiz na atuação do MPF, indagações de elementos fortes para denúncia, troca de informações de caráter sigiloso entre o Juiz e o MPF, entre várias outras condutas, consoante exposto no Livro das Parcialidades⁸.

Buscaram a qualquer custo a condenação, inclusive, agiram de forma contrária à lei e às garantias fundamentais. Ocorreram incontáveis condutas ilícitas no caso, além de, com o vazamento de dados de caráter sigiloso para os noticiários, houve a tentativa de manipular o sentimento punitivista da opinião pública, em detrimento das garantias processuais. Ou seja, restou demonstrado o exemplo de *lawfare* incorrido por meio de um recente escândalo sem respaldo jurídico no Brasil.

Independente do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ser considerado como culpado ou inocente, o processo foi explorado puramente de maneira política, sendo vítima de uma perseguição ilegal que culminou com sua forçada saída da disputada das eleições de 2018.

A exemplo disso, diante do *lawfare* ocorrido, temos uma série de consequências derivadas do caso em questão, como, a demonstração da parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro em decorrência da condução do processo na “Lava Jato” e suspensão de vários agentes públicos envolvidos no caso. Apesar do ocorrido no âmbito da “Lava Jato”, não é diferente o caminho que está sendo trilhado com a perseguição nos fundos de pensão.

A indústria da previdência fechada atualmente é composta por 291 entidades e o total do patrimônio administrado ultrapassa a R\$1,14 trilhão, correspondendo a 14% do PIB nacional. Apesar destes números grandiosos, o setor por aqui é relativamente muito menor do que nos países desenvolvidos. Para se ter uma ideia, nos EUA o montante global gerido pelos fundos supera os 20 trilhões de dólares e corresponde a 96% do PIB. Os fundos de pensão do Reino Unido administram 3,24 trilhões de dólares, cerca de 119% do PIB e, por sua vez, na Holanda, onde tem um sistema de previdência fechada muito forte, o total dos ativos é de 2,1 trilhão de dólares, correspondendo a nada menos que 210% do PIB daquele país.

Estes números revelam a importância do segmento no mundo e também no Brasil. A poupança previdenciária tem relevância tanto para financiar destacadas parcela das

⁸ STRECK L.L. Por que Moro foi parcial e o Ministério Público não foi isento: a prova do *lawfare* na Lava Jato. n: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de; PRONER, Carol; SANTOS, Fabiano Silva dos. (Org.). *Livro das Parcialidades*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2021, p. 32-36.

dívidas públicas dos países como também é uma fonte primordial para viabilizar projetos econômicos, especialmente no segmento de infraestrutura.

Ocorre que, por aqui, o tratamento dado pela mídia dominante nacional ao setor é frontalmente distinto das análises sérias feitas ao redor do mundo. Volta e meia o setor é tratado como sendo um espaço suspeito de irregularidades. Exemplo maior está no uso equivocado e generalizado atribuído a **déficits** como se fossem **rombos**.

Assim, ao invés do segmento ser tratado na página de economia, de onde nunca deveria ter saído, ele foi deslocado para as páginas da política e, em seguida, as de polícia. Com a crise deflagrada logo no início do segundo mandato da Presidente Dilma houve uma nova onda de denunciamentos e suspeitas infundadas sobre os fundos de pensão, notadamente sobre aqueles maiores, ligados a empresas estatais.

A deteriorada ambiência de 2015 em diante jogou os fundos de pensão no centro da disputa sem trégua travada nas arenas do legislativo e do executivo. A CPI dos fundos de pensão criada pelo então Presidente da Câmara Eduardo Cunha foi parte da resposta que deu no embate com a presidência da república. O espaço criado foi bem aproveitado por parlamentares de oposição que subiram o tom nos ataques às entidades previdenciárias, especialmente sobre os três maiores.

Colocaram sob suspeição tudo o que podiam colocar, a partir de denúncias vazias e de interpretações equivocadas sobre investimentos realizados, sem se considerar, nem por um momento, a crise financeira que vinha assolando o mundo inteiro, especialmente nos mercados de *private equity*, nos quais havia grande aporte de capitais pelas entidades. Ora, se em certas empresas estatais havia irregularidades, por que não haveria também nos fundos de pensão? Essa foi a concepção simplista e perversa que fez dos grandes fundos de pensão brasileiros alvos de todo tipo de notícias espalhafatosas e sem conexão com a realidade. Ocorreu, no caso, o mesmo que fizeram com o BNDES, ao difundirem a torto e a direito que existia “*uma grande caixa preta dos fundos*”. Daí para uma enxurrada de ações promovidas pelo Ministério Público Federal foi um pulo.

Em 2016 houve a deflagração da operação **Greenfield** e, de uma hora para outra, vários dirigentes e ex-diretores dos fundos, além de gestores financeiros e empresários foram surpreendidos com mandados de prisão provisória ou de busca e apreensão. A partir daí fizeram uma verdadeira caça às bruxas nos grandes fundos de pensão como se tudo o que se tinha feito estava marcado como impróprio. Havia a ideia difundida na imprensa e pelo próprio MPF de que aquela operação era um braço forte da lava-jato, que estava no auge.

A própria alcunha da operação – *Greenfield* - já traduz a ideia de criminalização que se pretendeu. O foco foi investimento em fundos *private equity* ou fundos de investimentos em participações: Modalidade de investimento prevista em norma do Banco Central e que busca, na maioria dos casos, investir em empresas promissoras com o objetivo de valorizar o investimento e sair com um lucro considerável. A nomenclatura “greenfield” se referia a empresas que ainda estavam em fase de estruturação, ou seja, em nível pré-operacional.

As entidades e seus ex-dirigentes passaram a ser alvos privilegiados de ataques a partir da concepção inicial de que elas tinham sido *locus* de usos políticos indevidos, pois lidavam com grandes empresas e possuíam altas somas de recursos. Associavam, sem qualquer lastro, a lógica de superfaturamento em obras, a sobrevalorização de ativos nos investimentos que faziam, como se isso fosse factível com o padrão de governança que os fundos brasileiros alcançaram.

A sanha persecutória que produziu dezenas de ações de improbidade administrativa e também na esfera criminal contou muitas vezes com respaldo de lideranças e grupos de dirigentes e participantes dos próprios fundos, deslocando disputas internas para os ambientes judiciais, sem qualquer pudor.

Esse item merece especial destaque. Como já anotado acima, os fundos de pensão são, por definição constitucional, de natureza privada, ou seja, obedecem a regras de direito privado. Os recursos que administram não possuem caráter público. Logo, a defesa de seu patrimônio é de exclusividade das próprias entidades que administram os seus recursos. Não há que se falar em tutela de interesse público na sua gestão, logo, não há que se falar em participação do Ministério Público em ações que se apuram eventuais prejuízos a essas entidades.

Nesse sentido cabe anotar o trecho abaixo em artigo de lavra deste subscritor com o Professor Lenio Streck publicado no Conjur:

(...)

Veja-se: Celso Tres, acertadamente, sugeriu, entre outras coisas, que as próprias fundações ingressassem com as devidas ações de reparação de prejuízos que tanto alegam. Até porque essas fundações tem o dever de investigar eventuais desvios internos, por meio de comissões próprias. Mais comoção generalizada! “Não quer investigar”. “Impunidade” (de novo).

Ora, nada mais natural e correto do ponto de vista funcional o que disse Tres. Ou será que o MPF está sendo instrumentalizado pelas fundações para perseguir ex-dirigentes de fundos de pensão? Ou ainda, se as ações são sabidamente corretas, porque as fundações não ingressam em defesa do patrimônio de seus associados? Será que o risco de sucumbência é um empecilho e para isso pretendem se valer

de uma estrutura valiosa e caríssima do ponto de vista institucional para o Estado, como é o Ministério Público?

Aliás, o que justifica o MPF ingressar com ações de cobranças de prejuízo — improbidade, praticadas por gestores de entidade privada? Sim, estamos a falar de entidades privadas, os fundos de pensão (não importando quem são seus patrocinadores), possuem natureza privada, nos moldes ditados pelo art. 202 da Constituição Federal. Simples assim.⁹

Parece claro que o Ministério Público foi instrumentalizado para servir de aparato perseguidor de ex-dirigentes de fundos de pensão, dando sequência à doutrina lavajatista que imperava.

Mas não para por aí. Além de enfrentar processos do órgão fiscalizador, do Ministério Público Federal em matéria penal, também do Ministério Público com ações de improbidade, há ainda sindicâncias internas nas fundações ações cíveis das fundações e tomadas de contas do Tribunal de Contas da União. Uma verdadeira máquina de moer reputações e pessoas, nos moldes já descritos no célebre clipe “The Wall” da banda Pink Floyd.

A confusão na análise dos desempenhos das entidades nacionais levou a profundos prejuízos para o País. Os fundos de pensão no exterior tiveram déficits superiores aos registrados no Brasil e na maioria dos casos, tais déficits persistem até hoje. Todavia, para os fundos estrangeiros o tratamento dado pelos analistas, auditores e investigadores é diferente daquela dada às entidades locais.

Há regozijos quando os fundos de pensão do estrangeiro investem em empreendimentos imobiliários, florestas plantadas ou em grandes projetos de infraestrutura. Quando isso ocorre são tidos como eventos auspiciosos que demonstram confiança na economia nacional. Mas se tais investimentos são de fundos nacionais a primeira atitude é de dúvida e suspeita.

Por que não tratam sob a mesma ótica os fundos de pensão nacionais? Se há na partida do negócio avaliações malfeitas ou inadequadas, que se detecte os casos, e se corrijam os erros. O inadmissível é deslocar desde o início o assunto das páginas de economia para as páginas de política ou de polícia, a partir da suspeição fácil e não demonstrável de que se eles gerem altos recursos e estão associados a empresas estatais algo errado deve ter.

Há casos de processos administrativos sancionadores em que os ex-dirigentes de um determinado fundo de pensão foram condenados ao pagamento de multas altíssimas,

⁹ <https://www.conjur.com.br/2020-dez-28/opiniao-fina-ironia-procurador-celso-tres-verdades>

associadas à inabilitação para o exercício de atividades junto ao setor, em razão de investimentos que geraram enormes lucros para a entidade! Isso sem que houvesse uma única prova nos autos no sentido de eventual falha na análise do ativo, quando da decisão pelo investimento.

Aliás, a produção de provas nestes processos é um capítulo a parte. Não existe nem um registro de deferimento de produção de prova por parte dos autuados. No caso específico de laudos técnicos juntados pelos defendentes, estes são sumariamente tidos como “prova parcial”, quando não são ignorados por todas as instâncias julgadoras.

A decisão que abre vista dos autos para especificação de provas a produzir é uma mera formalidade, já que toda e qualquer prova é indeferida.

HISTÓRICO DE PERSEGUIÇÃO

É possível que essa visão hostil e preconcebida sobre os fundos de pensão decorra da forma em que foram criados. Eles surgem e se desenvolvem a partir de meados dos anos 70, à exceção da Previ que já existia desde o início do século XX.

Os principais fundos de pensão brasileiros foram constituídos por empresas estatais e num segundo momento o universo se expande com as entidades associadas a empresas privadas, se utilizando de incentivos fiscais. A alternativa de constituir previdências fechadas para seus empregados foi ganhando corpo com foco na garantia do poder de compra das aposentadorias, perante a deficiência da previdência pública.

Assim, os fundos de pensão passaram a ser vistos sob duas óticas: uma, positiva, sendo adequada como complemento específico do sistema de seguridade social, a exemplo do que se tinha nas principais economias industrializadas. Mas, por outro ângulo, os fundos de pensão brasileiros passaram a carregar desde o nascedouro a marca de ser um “mecanismo de renda para grupos privilegiados”, tanto estatais como privados, beneficiados com renúncia fiscal. E nessa toada disseminou-se a concepção de que a gestão feita por técnicos indicados pelas patrocinadoras estatais visavam ser instrumentos de ação político-partidária.

A onda de suspeição sobre os grandes fundos de pensão brasileiros, que atingiu seu ápice juntamente com a destituição injusta e ilegal da Presidente Dilma, não foi a primeira na história do setor. O mesmo aconteceu no final dos anos 90, quando das privatizações do 2º. Gov. FHC e especialmente em torno dos litígios societários dos grandes fundos com um destacado gestor de recursos daquele momento. Depois, ainda no primeiro mandato do Presidente Lula, no bojo do que se passou a chamar de “mensalão”, o setor voltou à baila

e de lá para cá o assunto foi apresentado em editoriais dos grandes meios de comunicação e em matérias isoladas, sempre enfatizando um falacioso ambiente criminoso.

Ocorre que na onda mais recente, de 2015/2016 em diante, o impacto foi exponencialmente maior, exatamente em função do grande manancial de notícias falsas difundidas nas mídias sociais e também na grande imprensa. As suspeitas iniciais eram sempre colocadas como constatações irrefutáveis recebendo manchetes e artigos virulentos. Depois, perante demonstração de fragilidades nas interpretações não adiantava fazer correções públicas; o mal já tinha sido espalhado. O amontoado de notícias sem nexos com a realidade dos fatos passou a ser frequente e marcava de forma indelével as histórias de diversos cidadãos que ficaram acuados frente ao que assistiam.

Essa onda criminalizadora ganhou novos contornos com o sucesso de então da dita Operação Lava Jato. Seus efeitos deletérios atingiram sobremaneira esse importante setor e levou membros do Ministério Público Federal a trabalhar a tese de uma corrupção sistêmica que nunca existiu.

Na operação Greenfield o tempo tem dado conta de demonstrar as fragilidades das denúncias, tal como ocorreu com grande parte dos eventos da Lava-Jato. O avanço nos julgamentos, com espaços para se colher as alegações dos denunciados tem demonstrado a impropriedade das ações de fiscalização e de investigação, coalhadas de equívocos técnicos e legais.

Tanto assim é que já existem várias decisões judiciais, em cognição sumária, reconhecendo as flagrantes ilegalidades e inconstitucionalidades de autos de infração, suspendendo todos os seus efeitos.

As deformações detectadas em fiscalizações ou em investigações estão presentes desde o nascedouro de inquéritos. No âmbito do MPF eles surgem a partir de “Notícia de Fato” impetrada pelo PSDB em julho de 2014. Naquela oportunidade solicitava-se que se apurasse eventuais irregularidades em fundos de pensão ligados a Estatais, tomando como base matérias jornalísticas.

Na imprensa cresciam os comentários parciais e agressivos colocando os gestores como verdadeiros líderes de facções criminosas, desde que eles tivessem alguma proximidade com o PT ou então se tivessem tido negócios com empresas citadas na Lava Jato.

Passados mais de cinco anos da operação de investigação verifica-se que todo aquele alarde inicial não correspondia aos fatos. A tal caixa preta não existia tal como se revelou também para o BNDES. Os déficits financeiros registrados naqueles anos de crise nos fundos de pensão brasileiros foram sendo reduzidos a partir de 2017 com a atenuação da crise econômica internacional e a recuperação do valor de investimentos. O tão

propalado “rombo” das entidades previdenciárias era uma ficção, muito bem concebida e difundida com finalidades furtivas.

É indispensável ir além de concepções prévias tortas. A construção de uma ambiência institucional e econômica favorável exige que os recursos geridos pelas entidades previdenciárias fechadas não sejam tratados com discriminação, tal como tem ocorrido.

Os desvios e más condutas devem ser corretamente punidos, dentro dos normativos legais, sem favorecimentos, mas também sem precipitações que penalizem injusta e antecipadamente biografias, em casos sem formação de culpa provada e sob atribuições perversas, apenas por associações ideológicas prévias.

Não raro se verifica nas sessões de julgamento da Câmara de Recursos da Previdência Complementar um desconforto dos julgadores na discussão acerca dos casos. É comum expressões como “estou em dúvida”, “fico com receio”, “eu acho” ou “eu entendo”, e os votos são sempre direcionados à condenação dos ex-dirigentes espezinhando o *in dubio pro reu*. São casos de flagrante prescrição de ação punitiva, ausência de conduta típica, violação ao devido processo legal e tantos outros absurdos.

É alvissareiro tornar cada vez mais transparentes as gestões corporativas das instituições nacionais, (como é o caso dos Fundos) e das empresas privadas. Porém, é preciso muito cuidado “*para não se jogar o bebê fora junto com a água*”, como diziam os antigos, e não desconsiderar os grandes avanços regulatórios que atingiram o segmento da previdência complementar fechada no Brasil.

Será salutar se os órgãos de fiscalização e de investigação tenham a devida cautela de apurar fatos sem que o processo destrua uma fonte tão relevante para o desenvolvimento da economia nacional e que sejam priorizadas medidas para impedir que *lawfare* e as *fakes news* e sejam tão malévolas para a nossa frágil democracia.

A DESTRUIÇÃO DE SETORES DA ECONOMIA

Os desdobramentos da onda de denunciamentos e de ações judiciais que atingiu os Fundos de Pensão precisam ser olhados no contexto do que ocorreu com as grandes empresas brasileiras de infraestrutura, dentre elas as do segmento de óleo e gás, como se descreve, a seguir:

Os efeitos deletérios da chamada Operação Lava Jato sobre a economia brasileira têm sido amplamente debatidos, bem como as consequências sobre a saúde e solvên-

cia das empresas, sobretudo as que foram alvo, e as conclusões não deixam quaisquer dúvidas das consequências nefastas, tanto pelas mudanças bruscas que acarretaram a ruína financeira, quanto pela destruição de centros de excelência que colocaram o país na vanguarda das grandes obras de engenharia em nível global e na cadeia de suprimentos do setor de óleo e gás.

Como consequência à imposição de penalidades às empresas, cujos executivos supostamente cometeram malfeitos, as instituições financeiras que supriam as necessidades de financiamento dos empreendimentos cancelaram abruptamente os créditos e as linhas para capital de giro implicando na elevada probabilidade de descontinuidade das companhias. Em alguns casos, financiamentos com cláusulas de *cross default* (incumprimento cruzado) envolveram o vencimento antecipado de todas as obrigações pecuniárias do grupo econômico, o que via de regra resultou em recuperação judicial.

Como resultante desse processo irascível, as grandes empresas de engenharia definharam ou foram objeto de pedidos de recuperação judicial com sérias consequências sociais em termos de emprego, renda e salário.

Ademais, essas empresas para enfrentar esse cenário de hecatombe foram forçadas a alienar à investidores estrangeiros importantes companhias que compunham os grupos econômicos com elevado deságio em relação ao valor real dos ativos, o que além de causar prejuízos resultou em desnacionalização. Importante destacar que a discussão aqui não é xenofóbica, pois o capital para investimento sempre será bem-vindo independente da nacionalidade, mas sim a forma e o preço que essas empresas tiveram seus domínios transferidos.

As empresas que operavam no segmento de óleo e gás e que foram alvo da operação Lava Jato eram corporações com atividades diversificadas, ou seja, com atuações na construção pesada, na construção civil, no tratamento de água e esgoto, em estaleiros navais dentre outros setores. Com efeito, pela amplitude do alcance das ilegalidades contra as empresas alvo da operação, o corolário da *debacle* dessas organizações sobre o conjunto da economia, considerando ainda o efeito sobre a cadeia de fornecedores dessas grandes empresas, é devastador.

O mecanismo da colaboração premiada contribuiu fortemente para a ruína das companhias que foram o foco de delações de colaboradores, pois o ônus das informações relatadas recaiu sobre as empresas delatadas, muitas vezes sem provas robustas, enquanto os colaboradores foram contemplados com benefícios que reduziram sobremaneira as penas.

Em paralelo a esse processo, destaca-se a abertura das licitações públicas à participação de empresas estrangeiras em momento que as companhias nacionais estão impedidas de concorrer em face da não conclusão dos processos de leniência, por estarem em recuperação judicial ou mesmo pela insuficiência de capital para participarem dos processos concorrenciais, ou seja, parece que criou-se uma tempestade perfeita sob medida, com a construção de rara combinação de circunstâncias para implementação de um projeto neoliberal que alija as empresas nacionais dos processos licitatórios.

Os empreendimentos no setor de óleo de gás, bem como os de infraestrutura têm longa maturação e demandam elevados recursos a longo prazo para serem efetivados, ou seja, há um longo período de fluxo de caixa dos projetos onde as saídas superam as entradas, de forma que os empreendedores necessitam de capitais de terceiros para suprir essa lacuna. Ademais, esse capital é de longo prazo e o Brasil não possui fonte de recursos suficientes para atender essa demanda. Com efeito, a taxa de poupança em relação ao PIB, em 2019, totalizou apenas 12,19%, classificando o país apenas na 120ª posição dentre 132 países. Considerando apenas a América do Sul o país encontra-se na 9ª posição, atrás de Equador, Paraguai, Peru, Chile, Argentina, Colômbia, Bolívia e Uruguai.

Resta claro que a poupança no Brasil é insuficiente para suprir as necessidades de inversões, sendo que o investimento público está inferior a taxa de depreciação, tendo por corolário desse processo a deterioração da infraestrutura.

Nessa conjuntura de baixa poupança e necessidade de investimento, os investidores institucionais, que possuem recursos para empregar a longo prazo, são essenciais para viabilizar esses empreendimentos e mesmo para maximizarem seus portfólios, sobretudo, em cenário de baixas taxas de juros, em que a rentabilidade das NTN-Bs não cobre as metas atuariais.

Nesse grupo destacam-se os fundos de pensão, cujos recursos precisam ser diversificados por meio da alocação da carteira de investimentos em ativos com correlação negativa, ou popularmente não colocar todos os ovos no mesmo cesto, de forma a minimizar os riscos. Dessa forma, a diversificação melhora a relação risco e retorno por meio da redução do risco total.

Porém, as decisões tomadas pelos dirigentes de fundos de pensão de investir em segmentos produtivos, com as empresas buscando fontes de financiamento, foram, posteriormente, classificadas irresponsavelmente como indevidas, sem levar em conta a realidade econômica nacional e internacional que se tinha à época.

Tendo por base as premissas acima descritas, os fundos de pensão apostaram em Fundos de Investimentos em Participações (FIPs) em sua política de investimentos

com a função precípua de reduzir os riscos e aumentar o retorno, em conjuntura de baixa rentabilidade dos títulos públicos, aqui entendidos como os ativos de menor risco, porém menor retorno.

Os FIPs são uma classe de ativo que investe em empresas em estágio inicial, em crescimento ou mesmo em fase pré-abertura de capital, porém com elevado potencial de crescimento e conseqüentemente de valorização das cotas. Ademais, a lógica de investimento de um FIP pressupõe o desinvestimento após as empresas atingirem uma valorização compatível com as métricas e o prazo estabelecidos para o fundo.

As boas práticas de finanças, sugerem que em uma mesma classe de ativos haja diversificação, ou seja, investir em FIPs com foco no setor de óleo de gás, em empresas no segmento de consumo, educação, infraestrutura etc. Ainda que seja selecionado determinado segmento, tem-se que avaliar em que fase da cadeia de produção serão realizados os investimentos.

Esse processo pressupõe alguma parcela de heurística na tomada de decisão ao atribuímos probabilidades aos eventos, mas como demonstra a psicologia cognitiva esse é um processo que pode conduzir a decisões satisfatórias.

Ao se optar por investir no setor de óleo e gás, considerando o conjunto de informações disponíveis, verificava-se que o setor passava por momento virtuoso com o preço elevado do petróleo, perspectiva de desenvolvimento dos campos do pré sal, incentivos do governo federal para nacionalização da cadeia de suprimentos, sobretudo plataformas, e robusto plano de investimento quinquenal da Petrobras. Portanto, todos os vetores apontavam para uma forte atratividade do segmento.

Diante desse cenário, o espírito animal, termo cunhado por Keynes para explicar as decisões de investimento dos empresários, aguçou e a procura por novas oportunidades de investimentos no segmento de óleo e gás cresceram exponencialmente. Desde os fundos de pensão a grandes bancos nacionais, passando por investidores estrangeiros, foram motivados a tomar decisões de investimentos, mas respeitando a premissa básica da eficiência marginal do capital.

A partir dessas expectativas os investimentos deslancharam, mas eventos inesperados como a crise global derivada da quebra do Lehman Brothers em 2008 com seus impactos atingindo todos os mercados internacionais e, depois, a chamada operação Lava Jato em 2014, colapsaram as expectativas de crescimento do setor.

A crise de 2008 caracterizou-se pela amplitude global com impacto dramático sobre a Grécia, Espanha, Irlanda, Islândia e Portugal, resultando em mais de 400 milhões de

desempregados. Mas por meio de políticas monetária e fiscal expansionistas os governos injetaram liquidez nos mercados ofertando crédito às empresas para minimizar a crise.

Sob outra perspectiva, os efeitos da lava jato foram devastadores sobre as empresas do segmento de óleo de gás, que sem medidas protetivas que mitigassem os supostos malfeitos de seus executivos foram compelidas a insolvência. Em verdade criou-se um cenário persecutório indistinto às empresas que resultou na quebra do segmento.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vale ressaltar a importância que os fundos de pensão desempenham como propulsores de investimentos em um país tão carente como o Brasil. O ambiente normativo dos fundos é regulado e fiscalizado de modo que os investimentos realizados encontram previsão legal e são essenciais para o desenvolvimento do país.

Não se pode pretender que esses investidores institucionais atuem como especuladores, como fomentadores do endividamento do país. É essencial que assumam riscos se querem rentabilizar seus recursos.

Contudo, os gestores não podem ficar à mercê de interesses políticos de ocasião, em especial das autoridades que são responsáveis pela fiscalização deste importante setor da economia nacional. Tampouco que agentes públicos responsáveis pelo cumprimento das garantias constitucionais se valham deste importante papel para perseguir e destruir reputações.

É natural que aqueles que cometem crimes e ilegalidades sejam punidos. Contudo, há que se observar os direitos e garantias individuais, todos tem direito de ter um julgamento justo sem qualquer tipo de perseguição. Setores fundamentais de nossa economia não podem ser destruídos com base em falácias e suposições.

É imperioso que se discuta com a devida cautela e conhecimento técnico a natureza dos fundos de pensão, sua importância em um projeto de desenvolvimento nacional, as regras de investimento do setor e, acima de tudo, um órgão técnico que seja responsável pela regulação e fiscalização. O setor precisa de estabilidade e credibilidade, os recursos que as entidades administram são indispensáveis para o desenvolvimento nacional e as pessoas que foram alvo de flagrantes perseguições e *lawfare* precisam ter suas vidas de volta.

REFERÊNCIAS

<https://fundspeople.com/pt/os-20-maiores-fundos-de-pensoes-do-mundo-crescem-146-o-melhor-numero-desde-2004/>

<https://www.infomoney.com.br/onde-investir/previ-petros-funcef-e-vivest-como-os-quatro-maiores-fundos-de-pensao-do-pais-planejam-seus-investimentos-em-2021/>

<https://www.abrapp.org.br/consolidado-estatistico/>

<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-o-que-e-lawfare-o-uso-estrategico-do-sistema-judicial/>

PRONER, C. Lava Jato e a Degradação do Sistema de Justiça no Brasil. n: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de; PRONER, Carol; SANTOS, Fabiano Silva dos. (Org.). *Livro das Parcialidades*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2021, p. 55-66.

STRECK L.L. Por que Moro foi parcial e o Ministério Público não foi isento: a prova do *lawfare* na Lava Jato. n: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de; PRONER, Carol; SANTOS, Fabiano Silva dos. (Org.). *Livro das Parcialidades*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2021, p. 32-36.

<https://www.conjur.com.br/2020-dez-28/opiniaio-fina-ironia-procurador-celso-tres-verdades>

10 EVIDÊNCIAS DA PERSEGUIÇÃO DE MORO A LULA¹

Gustavo Conde²

SUMÁRIO

1. A CONDUÇÃO COERCITIVA DE LULA; 2. A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DE LULA; 3. JURISDIÇÃO INDEVIDA E A FALTA DE RELAÇÃO DOS FATOS COM A PETROBRAS; 4. A ILEGALIDADE RUDIMENTAR DE MORO; 5. A DIVULGAÇÃO ILEGAL DO GRAMPO; 6. A NOTA PÚBLICA POLÍTICA DE UM JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA; 7. TEORI INTERPELA MORO E MORO ‘ESPANA’; 8. A OPERAÇÃO PARA SUSTAR O *HABEAS CORPUS* DE FAVRETTO; 9. A QUEBRA DE SIGILO DE PALOCCI COMO ARMA ELEITORAL; 10. O ‘PAGAMENTO PELO SERVIÇO’ EM FORMA DE MINISTÉRIO; 11. O ARBITRIO PASSOU NO SUPREMO E SÓ CÁRMEN LÚCIA NÃO VIU.

Em 4 de dezembro de 2018, a ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia negou habeas corpus ao ex-Presidente Lula. Tratava-se do julgamento de ação em que a defesa do ex-Presidente demonstrara a parcialidade de Sérgio Moro nas decisões até então proferidas pelo hoje ex-juiz. Lúcia considerou a tese de perseguição política e de comprometimento subjetivo de Moro “extremamente frágil”.

¹ Artigo originalmente publicado no Jornal GGN em 6 de janeiro de 2019.

² Mestre em linguística pela Universidade Estadual de Campinas. Trabalha com teorias do humor e com a história da representação do riso. As áreas do conhecimento que caracterizam sua pesquisa são: análise do discurso, psicanálise e semiótica.

Mesmo que já se tenha passado um mês desde aquela declaração infeliz e descolada da realidade, ainda é tempo de mostrar ao público o que a ministra Cármen Lúcia não enxergou ou não quis enxergar nos autos do processo.

São, afinal, evidências adicionais de que o Judiciário brasileiro vem modulando a velocidade de suas decisões ao calendário político.

E para não sermos injustos com a ministra – vale dizer – é importante registrar que, antes dela, o relator Edson Fachin votou de modo semelhante, mas deste não se esperava outra coisa – uma vez que sua inflexão leitora na compreensão da semiologia jurídica assombrou o próprio mundo da magistratura.

Vejamos os fatos: Lula foi condenado neste caso por “ato de ofício indeterminado”. Ou seja, mesmo na sentença em si, Moro foi incapaz de apontar qual o ato criminoso que Lula teria cometido.

Há, no entanto, vários atos judiciais de Moro contra Lula, determinados, públicos e alguns ‘mais’ que parciais, abertamente fora da lei e das normas que regem a atuação de um juiz.

O processo do triplex, por exemplo, foi aquele que impediu Lula de ser candidato a Presidente da República em 2018, numa disputa cuja liderança nas pesquisas de intenção de voto lhe era natural e consagrada.

A ONU, podemos lembrar, emitiu uma decisão para que Lula participasse da eleição por considerar que havia – e há – a possibilidade de seu processo ser suspeito, viciado por parcialidade dos juízes e abusos de autoridade. Mas a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU não foi respeitada pelo Brasil, violando-se, assim, um tratado que foi assinado soberanamente pelo país.

Sem Lula, a eleição foi ganha por Jair Bolsonaro, como todos já sabemos. O que choca, no entanto, é que, mesmo antes do fim do segundo turno, Bolsonaro chamou Moro para ser seu ministro da Justiça, em uma relação clara de promiscuidade político-judicial que descortina as razões da perseguição a Lula. Diante desta clara ação ilegal, subscrita em nosso universo jurídico e chancelada por tratativas espúrias de bastidores eleitorais em ritmo de barganha, restou a este colunista a compilação de 10 fatos que possivelmente passaram ao largo da sensibilidade sôfrega de uma das nossas togas supremas.

São dez fatos amplamente documentados e públicos em que a ministra Cármen Lúcia parece não considerar o que são provas de suspeição (do ex-juiz Sérgio Moro).

Destaque-se – antes de arrolar os episódios que comprovam a perseguição de maneira pedagógica – que o atual Ministro da Justiça é visto até por seus apoiadores como

alguém que perseguiu – e persegue – o ex-Presidente Lula. São materiais fartos na cena jornalística que subscrevem a tese da perseguição que, a rigor, nem viceja mais como tese – e sim como fato. Capas das revistas *Veja* e *IstoÉ*, por exemplo, dentre tantas matérias iconograficamente siamesas, retrataram Moro como um lutador de boxe contra Lula.

1 A CONDUÇÃO COERCITIVA DE LULA

Em 4 de março de 2016, o ex-Presidente Lula – juntamente com sua família – foi alvo de buscas e apreensões determinadas pelo Juiz Sérgio Moro. Àquele momento, Lula jamais tinha sido intimado para depor na Operação Lava Jato e, sabe-se: não se pode conduzir coercitivamente uma pessoa sem que ela tenha, por qualquer razão, resistido a depor em momento anterior – o que não foi o caso de Lula. O próprio STF reconheceu, tardiamente, essa prática como ilegal. E há muito aprendemos: Justiça que tarda é Justiça que falha.

As casas dos os filhos do ex-Presidente, o Instituto Lula e as residências de dois de seus dirigentes também sofreram buscas e apreensões, sem justificativas e sem que nada de relevante fosse encontrado, episódios fartamente divulgados pela imprensa.

Houve, no entanto, abusos de ordem mais grave: a condução coercitiva foi vazada com antecedência para a imprensa e a Operação compartilhou, na sequência, vídeos da coerção para um filme de publicidade explícita da Lava Jato, completando o substrato subjornalístico para ser usado em campanha eleitoral.

2 A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DE LULA

Entre 19 de fevereiro e 7 de março de 2016, despachos do ex-juiz Sérgio Moro autorizaram grampos contra 39 números de telefone, de 13 pessoas e entidades ligadas ao ex-Presidente Lula.

O ex-juiz e atual Ministro da Justiça de Bolsonaro também autorizou a interceptação dos terminais telefônicos utilizados pelo ex-Presidente Lula, por seus familiares e colaboradores. O grampeamento tão amplo, por sua vez, foi ordenado antes de qualquer depoimento de Lula, violando as garantias constitucionais do sigilo telefônico e da proteção da intimidade.

Segundo o critério legal, a interceptação telefônica se mostra aplicável apenas “para prova em investigação criminal e em instrução processual penal” (artigo 1º, caput, Lei n. 9.296/96), nos casos em que “houver indícios razoáveis da autoria ou participação

em infração penal”, se a prova não “puder ser feita por outros meios disponíveis”, e se a suposta infração penal não culminar, “no máximo, com pena de detenção”.

No caso, como pudemos ver e como foi fartamente divulgado pela própria imprensa, não havia nenhum crime definido sendo investigado. O objetivo era apenas grampear e monitorar as conversas e ações do ex-Presidente.

Diante de tantos fatos estarrecedores, seria inusitado ainda se surpreender com mais violações. Não no caso de Moro. A interceptação requerida pelo ex-juiz também incidiu sobre o ramal-tronco de um dos escritórios de advocacia responsáveis pela defesa do ex-Presidente, grampeando – pasmem – dezenas de advogados.

Este protocolo escandaloso foi realizado com pleno conhecimento do magistrado, visto que foram realizados dois alertas da empresa de telefonia – sic – responsável pelo grampo ilegal, porque a lei define expressamente que é vedada a ação de grampear advogados.

3 JURISDIÇÃO INDEVIDA E A FALTA DE RELAÇÃO DOS FATOS COM A PETROBRAS

Como é de conhecimento do universo jurídico técnico, o juiz Sérgio Moro aceitou julgar o caso do triplex no Guarujá, mesmo sem ter nenhuma evidência de qualquer relação entre o apartamento e os três contratos da empresa OAS com a Petrobrás listados na ação. Recordando: a Operação Lava Jato e as ações aceitas por Moro destinam-se exclusivamente a investigar, denunciar e julgar desvios ocorridos na Petrobrás. E ponto.

O apartamento, como é público e notório, fica no estado de São Paulo e o caso só foi julgado por Sérgio Moro no estado do Paraná graças à inclusão artificial dos tais contratos no processo, feita pelo Ministério Público e aceita pelo agora Ministro da Justiça de Bolsonaro.

Moro negou à defesa de Lula qualquer perícia contábil para analisar se recursos da Petrobrás realmente foram, de fato, usados no triplex do Guarujá. Ignorou documentos comprobatórios de que o imóvel estava dado, pela OAS, como garantia de operações financeiras, ou seja: o imóvel já estava com seu valor de venda comprometido com um fundo de investimento. Jamais poderia ser doado, emprestado, cedido e nem mesmo vendido a Lula ou a qualquer um.

No final do processo, por demanda da defesa (os chamados embargos infringentes) o ex-juiz e agora ministro disse com todas as letras – perfazendo praticamente uma

confissão – que jamais havia dito na sentença que havia recursos da Petrobrás relacionados ao triplex.

4 A ILEGALIDADE RUDIMENTAR DE MORO

Em 16 de março de 2016, quando Lula foi nomeado ministro da Casa Civil pela então presidenta Dilma Rousseff, o então juiz Sérgio Moro produziu uma ilegalidade rudimentar: ao remeter o caso para o Supremo – no exato momento da nomeação de Lula e antes mesmo dele assinar o termo de posse – Moro divulgou os áudios e as transcrições de interceptações telefônicas entre o ex-Presidente Lula, sua esposa, seus advogados, sua família (incluindo esposas de seus filhos) e terceiros, mesmo o caso não lhe pertencendo mais por força constitucional e de seu próprio despacho.

5 A DIVULGAÇÃO ILEGAL DO GRAMPO

Na esteira de ilegalidades tão elementares, Moro cometeu um crime em particular – a céu aberto e à vista de todos – ao tornar público um grampo ilegal, feito após sua própria ordem de cessar as gravações, de uma conversa telefônica entre uma presidenta da república e um ex-Presidente já nomeado ministro de estado.

Não satisfeito, o ex-juiz levantou o sigilo desta comunicação juntamente com as demais, entregando o áudio e sua transcrição aos veículos de imprensa – com primazia para a Rede Globo – que divulgaram o material à exaustão e com viés sensacionalista. Uma queixa de Marisa Letícia Lula da Silva em conversa com um dos filhos foi tratada como escândalo.

Vale lembrar: até hoje, mais de dois anos depois das violações, o Conselho Nacional de Justiça não discutiu esse caso concreto de crime do juiz Moro, embora tenha entrado e saído de pauta, pelo menos duas vezes.

A liberação ilegal das gravações na tarde daquela quarta-feira de 16 de março foi claramente projetada para criar um clamor público e exercer uma forte pressão política, com o objetivo de reverter a nomeação do ex-Presidente Lula como Ministro de Estado, que viria a ocorrer menos de 48 horas depois por decisão liminar e monocrática do ministro Gilmar Mendes.

Foi uma atuação política agressiva, com todas as letras. Embora, em manifestação escrita ao Supremo, Moro tenha pedido desculpas com a curiosa palavra eufêmica “escusas” pelo que fez, em diversas manifestações posteriores ele afirmou não ter se arrependi-

do de uma ação de abuso de autoridade contra Lula, ação essa que, como sabemos, violou expressamente a lei.

6 A NOTA PÚBLICA POLÍTICA DE UM JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

O ex-juiz Sérgio Moro emitiu uma nota política naquela ocasião afirmando estar “tocado” pelas manifestações ocorridas naquela data.

Destaque-se que essas manifestações, como é público e notório, tinham como alvo, dentre outros, o governo Dilma e o ex-Presidente Lula. Moro se juntava, portanto, à militância de partidos de direita pelo *impeachment* e contra o PT.

7 TEORI INTERPELA MORO E MORO ‘ESPANA’

Àquele momento, o Ministro do STF Teori Zavascki cobrou do então juiz Sérgio Moro explicações sobre as medidas por ele adotadas que invadiram até mesmo telefones da Presidência da República.

Ao responder o ofício encaminhado por Teori Zavascki, o ex-juiz Sérgio Moro fez diversas acusações contra o ex-Presidente Lula, comportamento incompatível com a imparcialidade de um juiz. O gesto demonstrou pré-julgamento e ânimo de promotor e não de juiz, definitivamente.

8 A OPERAÇÃO PARA SUSTAR O HABEAS CORPUS DE FAVRETTO

Como todos pudemos acompanhar em vários veículos da imprensa, os eventos em torno do habeas corpus concedido a Lula em julho – e não cumprido – foram tomados de sucessões vertiginosas de ilegalidades encadeadas.

Ao tomar conhecimento de ordem de habeas corpus concedida em 8 de julho de 2018 pelo Desembargador Federal Rogério Favretto, do TRF-4, em favor do ex-Presidente Lula, o ex-juiz Sérgio Moro – em pleno gozo de suas férias, em Portugal – proferiu decisão determinando que o habeas corpus não fosse cumprido pela Polícia Federal.

Traduzindo: um juiz de primeira instância – que sequer era o responsável pelo processo de execução penal – bloqueou a decisão proferida por um Desembargador, estimulando a desobediência de decisão judicial e incorrendo no crime de obstrução de justiça.

A atitude de Moro depois seria ainda usada pelo deputado Eduardo Bolsonaro como “bom exemplo” para “peitar” instâncias superiores da Justiça, sendo que no exemplo hipotético citado, o filho do Presidente eleito, falava do próprio Supremo Tribunal Federal, declaração temerária e antidemocrática fartamente divulgada pelos veículos de imprensa.

9 A QUEBRA DE SIGILO DE PALOCCI COMO ARMA ELEITORAL

Na véspera do segundo turno das eleições presidenciais de 2018, o ex-juiz e agora Ministro da Justiça Sérgio Moro – por iniciativa própria – determinou a juntada do acordo de delação firmado por Antônio Palocci nos autos da ação penal que trata do chamado “Sítio de Atibaia”. Moro também determinou a juntada de um depoimento prestado por Palocci a Procuradores da Lava Jato – escolhido por critérios meramente subjetivos do magistrado.

A intenção, à furiosa evidência, foi de causar mais um fato político. O próprio juiz reconheceu no despacho, que os depoimentos de Palocci não poderiam ser utilizados no julgamento do mérito da ação penal, pois não foram submetidos ao contraditório.

Moro estava de posse desses documentos havia já alguns meses. Não havia qualquer justificativa jurídica ou processual para que a juntada desses documentos, com a subsequente retirada do sigilo, tivesse ocorrido em pleno processo eleitoral, a não ser para prejudicar a candidatura do Partido dos Trabalhadores.

A delação de Palocci, de maneira pouco surpreendente, foi rejeitada pelo Ministério Público da Lava Jato. Até Moro a considerou, na ocasião, destituída de provas. Mas foi divulgada de forma espetacular por Moro (e agora Palocci encontra-se em casa, premiado por depor sem provas contra Lula).

10 O ‘PAGAMENTO PELO SERVIÇO’ EM FORMA DE MINISTÉRIO

Uma das constatações mais estarrecedoras nesse jogo de cartas marcadas entre uma justiça seletiva que logrou perseguir de maneira escancarada um segmento político é o conjunto de tratativas que levaram Moro a ser agraciado com um ministério no governo do detrator político mais agressivo do ex-presidente Lula (aquele que, justamente, disse querer Lula ‘apodrecendo’ na cadeia).

Os fatos são de conhecimento público.

Sérgio Moro manteve conversas com Paulo Guedes, assessor econômico do candidato Jair Bolsonaro e já então indicado futuro ministro da economia, ao longo do processo eleitoral; conversas admitidas (confessadas?), hoje, pelo próprio ex-juiz.

No início do processo eleitoral, como restou evidente em todas as matérias jornalísticas sobre a campanha, Lula detinha o primeiro lugar nas pesquisas e possivelmente seria eleito no primeiro turno caso não tivesse sido impedido de participar do sufrágio por decisão do TSE – contrariando liminar concedida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU – baseado justamente na condenação conduzida por Moro, repleta de falhas e arbitrariedades.

Trocando em miúdos e falando em língua de gente: Bolsonaro só foi eleito porque a Justiça impediu a participação de Lula no processo eleitoral. E para esse fato a atuação de Moro foi decisiva.

Moro, na verdade, usou explicitamente seu cargo de juiz para impedir que Lula pudesse participar do processo eleitoral; sua atuação foi decisiva para eleger Jair Bolsonaro que, agora, terá Sérgio Moro a seu lado para intensificar a perseguição ao seu mais forte adversário político e, assim, prosseguir na escalada de arbitrariedades contra o próprio Estado Democrático de Direito.

11 O ARBITRÍO PASSOU NO SUPREMO E SÓ CÁRMEN LÚCIA NÃO VIU.

Como se pode notar, a ministra do STF Cármen Lúcia preferiu ignorar esses 10 clamorosos itens arrolados por uma equipe técnica, ampla e pedagogicamente divulgados pela imprensa, em vez de consagrar ao Tribunal Supremo do País a leitura básica da realidade concreta, rigorosa e protocolarmente debruçada em legítima defesa de um ex-Presidente da República.

Resta a certeza de que, a despeito das arbitrariedades e violências associadas a indiferenças e vistas grossas das cortes superiores, a verdade ruma ao seu destino fatal da consagração histórica. Se é o tempo que impede que a verdade prevaleça, então a luta pela aceleração desse tempo será a luta a ser travada por todos os segmentos democráticos dignos de respeito e de autoestima republicana do País.

EU ESTAVA COM WALTER DELGATTI QUANDO O MINISTRO DO STF DETONOU A LAVA JATO¹

Joaquim de Carvalho²

Ele não deu entrevista, porque está proibido por um juiz federal, mas foi impossível não notar o seu sorriso quando Gilmar Mendes falou que é preciso mudar o Ministério Público, pilar de uma justiça totalitária, narra Joaquim de Carvalho.

Enquanto Gilmar Mendes espinafra Mora e a Lava Jato ontem, eu visitava Walter Delgatti Neto em Araraquara.

Por decisão judicial, ele não pode dar entrevista, e não deu. Mas conversei com parentes dele e vi que Delgatti tem uma vida muito simples, humilde mesmo, o que derruba a versão de que acessou os arquivos de Deltan Dallagnol no Telegram por encomenda de alguém.

“Seu neto é herói ou criminoso?”, perguntei a dona Otilia Delgatti, uma senhora de 85 anos que é o arrimo da família - na casa, além de Walter, vive o irmão dele, o Will.

“Criminoso nunca. Ele é muito bom, me ajuda até a limpar a casa. Nunca me deu trabalho”, disse ela, sentada em um sofá no alpendre de uma casa pequena, mas com quintal grande, na Vila Xavier, um bairro de origem operária.

¹ Artigo primeiramente publicado no Brasil 247, no dia 10 de março de 2021. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/eu-estava-com-walter-delgatti-quando-o-ministro-do-stf-detonou-a-lava-jato>. Acesso em: 03 nov. 2021.

² Colunista do 247, foi subeditor de Veja e repórter do Jornal Nacional, entre outros veículos. Ganhou os prêmios Esso (equipe, 1992), Vladimir Herzog e Jornalismo Social (revista Imprensa). E-mail: joaquim@brasil247.com.br

No quintal, duas tartarugas passeavam - uma tem mais de 100 anos - entre duas árvores de ameixa (uma de fruto bem doce), uma árvore de cravo e um uma espécie de galinheiro sem galinha (estão lá as telas).

Em um quadro de madeira, letras bem esculpidas informam: “Chácara do Walter”.

Esse Walter não é o Delgatti que nós conhecemos, mas outro, o avô dele, que nasceu na Itália e veio para o Brasil no colo dos pais.

Não é uma chácara, mas um cantinho bem agradável onde, em dias mais prósperos, a família deve ter feito muito churrasco.

Num canto, há um mural, com fotos antigas da família. Ali está a foto do advogado, Ariovaldo Moreira, que de fato é amigo dele.

Tem foto do pai, também chamado Walter, já falecido, e do avô, também falecido.

Tem até foto da mãe, em festinha de aniversário num passado já distante.

Ela o abandonou ainda criança.

Um trauma sobre o qual ele fala pouco com os amigos, mas a avó e parentes relatam. A mulher o colocou no portão da casa, e foi embora, deixando para a ex-sogra criar.

A mãe foi viver com outro homem, com quem teve outros filhos.

Delgatti já tinha dito em entrevista a mim que hackeou as mensagens da Lava Jato para provar que o sistema de justiça é corrupto, depois que ficou preso seis meses sob a falsa acusação de tráfico de drogas - ele tinha três caixas do remédio Alprazolam (uso controlado) em casa, e um promotor o acusou de tráfico de drogas. Foi absolvido dois anos depois, quando a notícia já tinha sido publicada nos jornais da cidade, e hoje ele é considerado traficante por quem não o conhece.

“Eu quis provar que, se até um ex-presidente da república é perseguido pela Justiça, imagine o que pode acontecer com um cidadão comum, como eu”.

Por não poder dar entrevista, Walter não comentou a fala de Gilmar Mendes, mas era impossível não ver em seu rosto o sorriso quando o ministro do STF disse que é preciso mudar o Ministério Público, que se transformou no pilar de uma “justiça soviética”, totalitária.

Os arrogantes que vestem toga ou se sentam ao lado de quem veste toga nos tribunais mexeram com o “zé mané” errado.

Apenas um registro: Delgatti não tem emprego hoje (não pode acessar internet e usa tornozeleira) e a renda da família são os dois salários mínimos que a avó, de 85 anos,

recebe do INSS - um salário por ter trabalhado em uma tecelagem e um salário de pensão do marido, que trabalhava no comércio.

Trancou a matrícula na faculdade de Direito depois que foi preso na Operação Spoofing, e não pode voltar a estudar porque as aulas são remotas.

Quando deixou a cadeia, no final do ano passado, um policial que o investigou e descobriu que ele não teve vantagem financeira alguma por hackear os procuradores, comentou: “Por que você fez isso? Você é louco?”

Não é louco, só achava que tinha uma missão.

Estamos produzindo o documentário para contar a verdadeira história de Walter e os “hackers de Araraquara”. Fique ligado³.

³ A TV 247 lançou o documentário “Delgatti, o hacker que mudou a história do Brasil” no dia 10 de abril de 2021. O documentário está disponível no link: <https://www.youtube.com/watch?v=fXdyH-TsEMw>. Reportagem de Joaquim de Carvalho e Thiago Monteiro revela como Walter Delgatti Neto obteve acesso às mensagens que comprovaram crimes cometidos pela força-tarefa de Curitiba e foram decisivas para a suspeição do ex-juiz Sergio Moro, recentemente condenado pelo Supremo Tribunal Federal. 247 - O documentário que a TV 247 lança neste sábado (10/04) às 16 horas conta a verdadeira história da Lava Jato, a partir da ação de Walter Delgatti Neto, que ficou conhecido como o hacker de Araraquara. Durante um mês, Joaquim de Carvalho e Thiago Monteiro realizaram entrevistas e captaram imagens em cinco cidades: Araraquara, Curitiba, Ponta Grossa, Brasília e São Paulo. Depois disso, foram mais 15 dias de edição. Neste trabalho, foram utilizados um drone e câmeras com definição de 4k. E o resultado é o vídeo de 1 hora e 15 minutos de grande relevância jornalística e histórica. Na reportagem, conhece-se muito sobre Delgatti, um jovem de classe média baixa que foi abandonado pela mãe e criado pelos avós num bairro operário de Araraquara, cidade que se desenvolveu em função da ferrovia e da indústria, em meio ao agronegócio da região. O documentário também mostra que Sergio Moro e Deltan Dallagnol, estrelas da Lava Jato, prosperaram enquanto o Brasil empobreceu, como consequência direta das ações da força-tarefa. Entre os entrevistados, está o dono do Posto da Torre, empreendimento que os investigadores de Curitiba apresentaram como o “caixa eletrônico” da propina e usaram para batizar a força-tarefa Lava Jato. Dupla farsa: não havia “caixa eletrônico” da propina nem relação da empresa com políticos. Também não havia lá lava jato algum no Posto da Torre. Carlos Habib Chater, o dono do empreendimento e que passou mais de 500 dias preso, conta como ele e outros presos foram torturados psicologicamente para contar aquilo que os procuradores queriam ouvir. Havia um método nas abordagens. Concluído após o julgamento de Moro, que foi considerado parcial pelo Supremo Tribunal Federal, o documentário levanta a seguinte questão: os crimes que vieram à tona nas mensagens obtidas por Delgatti ficarão impunes? Disponível em: <https://www.brasil247.com/midia/tv-247-lanca-o-documentario-delgatti-o-hacker-que-mudou-a-historia-do-brasil>. Acesso em: 03 nov. 2021.

LAWFARE: COMO DETECTAR OS SINTOMAS DESSE CORONAJURIS

Lenio Luiz Streck¹

SUMÁRIO

1. A “DESCOBERTA” DO *LAWFARE* E SUA PROPAGAÇÃO 2. O QUE É ISTO – *LAWFARE*? O MAPEAMENTO DO VÍRUS 3. OS CASOS SINTOMÁTICOS DO *LAWFARE* 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E A DESCOBERTA DA VACINA; REFERÊNCIAS.

1 A “DESCOBERTA” DO *LAWFARE* E SUA PROPAGAÇÃO

Este artigo é uma homenagem à estimada jurista Carol Proner, cujo conteúdo resulta de um apanhado de discussões sobre o devido processo legal enquanto limite para o Estado tendo em vista a necessidade de que o processo funcione como garantia de direitos humanos. A inobservância desse princípio estruturante apresenta como consequência o uso excepcional do direito, ou seja, o esvaziamento da autonomia do direito para que ele ceda lugar à política. Reafirmo: é a política quem deve pagar pedágio ao direito, não o contrário.

¹ Doutor em Direito pela UFSC e pós-doutor em Direito pela FDUL. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro catedrático da Associação Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Coordenador do Dasein — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

Ademais, diante de um espaço de debate e prática dominado pelos homens, a prof. Carol Proner representa a persistência que a luta pelos direitos humanos e das minorias requer, sendo assertiva ao analisar o caso do Ex-Presidente Lula² afirmando que o ocorrido foi uma modalidade de *lawfare* em nome do combate à corrupção sistêmica. A esse tema e à juzgueira Carol Proner dedico o presente texto, que tem como objetivo conceituar o *lawfare* e também analisar seu alastramento no direito brasileiro com exemplos que evidenciam a urgente necessidade de uma teoria da decisão judicial que funcione como limite a relativismos interpretativos.

O fenômeno denominado *lawfare* tem sido “descoberto” recentemente no Brasil. Aqui a palavra “descoberto” tem o sentido nitidamente hermenêutico, naquilo que Heidegger mostra como *Erschlossenheit* (abertura), *Entdeckenheit* (descoberta) e *Unverborghenheit* (desvelamento).

Isso quer dizer que o *lawfare* sempre esteve por aqui em *terrae brasilis*, apenas era necessário que se lhe retirasse a coberta, a capa que escondia o fenômeno. Se brincarmos com a teoria processual, poderíamos dizer que o *lawfare* tem efeito declaratório e não constitutivo.

O caso exemplar que propiciou o desvelamento das práticas de *lawfare* foi o que se viu na operação lava jato, especialmente nos processos movidos contra o ex-presidente Lula. A condenação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos de prisão por corrupção e lavagem de dinheiro no caso envolvendo apartamento triplex no Guarujá é um dos mais claros exemplos: o juiz Sergio Moro, em sua sentença, utilizou-se de uma construção que pode, facilmente, caracterizar a *lawfare*: presunções, inversão do ônus da prova, parcialidade e juízos morais. A título de exemplo, vejamos o que Moro diz, nos parágrafos 635 e 636 da sentença:

[c]aso a situação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de Marisa Leticia Lula da Silva em relação ao apartamento 164-A, triplex, fosse de potenciais compradores, seria natural que tivesse alguma discussão sobre o preço do apartamento, bem como sobre o valor gasto nas reformas, já que, em uma aquisição usual, teriam eles que arcar com esses preços, descontado apenas o já pago anteriormente.

Contudo, afirma que “*não há qualquer prova nesse sentido, um documento por exemplo, ou relato de testemunhas a respeito de eventual discussão da espécie*”. Ora,

² PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O Devido Processo Legal em risco no Brasil: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Projeto Editorial Praxis: Bauru, 2017.

incumbir ao réu o ônus de *provar sua inocência* é trabalhar com uma *presunção de culpa* ao invés da (obrigatória) *presunção de inocência*.

A sentença de Moro, ainda, faz uso do *explanacionismo*, uma tese jurídica proposta pelo Ministério Público Federal no sentido de que *a tese acusatória é (deve ser) verdadeira porque é a que melhor explica as evidências*. É o Direito Penal trabalhando a partir de probabilidades. O próprio juiz, trazendo essa teoria da probabilidade para o campo da prova penal, vai mencionar que os fatos foram provados além de uma “*dúvida razoável*”. Mas o que exatamente é uma “*dúvida razoável*”?

Há, ainda na decisão do Magistrado, uma série de outros elementos típicos de uma verdadeira *lawfare*, como o uso de uma reportagem veiculada pela mídia como meio de prova e passagens que não atingem critérios mínimos para que se passe no teste da *condição hermenêutica de sentido*. Veja-se:

Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. Entretanto, se dissermos - utilizando um exemplo que Luis Alberto Warat (1995a, p. 41) trazia frequentemente - que ‘os duendes se apaixonam em maio’, esse enunciado é impossível de ser verificado. Se dissermos que os duendes se apaixonam em maio ou setembro ou que os duendes não se apaixonam, que importância isso terá, a não ser no campo da poética ou da ficção? Enunciados retóricos e argumentos performativos costumam ser anêmicos, vazios de conteúdo (os neopositivistas diziam que eram enunciados metafísicos). Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos.³

Vamos testar a condição hermenêutica de sentido no Parágrafo 474 da sentença de Moro, em que afirma que o depoimento do “*ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva é até mesmo inconsistente com a nota publicada em 12/12/2014 pelo Instituto Lula em resposta às matérias divulgadas na época na imprensa*”. No parágrafo 476, diz que “[*é certo que a nota foi emitida pelo Instituto Lula, mas tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é impossível que o Instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota*”. Ora: qual é o tamanho do Instituto Lula? Quantos funcionários tem? Por qual motivo, exatamente, seria “impossível” que o ex-Presidente Lula não tivesse sido consultado sobre a nota? Não poderia ter sido sua assessoria de imprensa, por exemplo? Veja que, na frase

³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 233.

de Moro, caso a palavra “possível” fosse trocada por “impossível”, nada mudaria: “[...] *tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é possível que o instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota*”. É evidente que não há nenhuma comprovação empírica do enunciado. Ele é arbitrário, pois serve tanto para condenar quanto para absolver. Parcela considerável do que está dito nas três centenas de laudas não passa pela condição semântica de sentido. Coloque a palavra “não” antes de cada um dos enunciados e constate. Nem de longe a afirmação de Moro passa pelo critério da CHS – Condição Hermenêutica de Sentido, que desenvolvo na minha Crítica Hermenêutica do Direito, exposta em vários de meus textos e livros.

Cumpra ainda ressaltar que a sentença não é o único exemplo de *lawfare* do *Caso Lula*; é a *consequência de todo um processo trabalhado a partir da já mencionada lógica da presunção de culpa*. Esse, inclusive, é o entendimento de John Comaroff, especialista no fenômeno da *lawfare* e professor da Universidade de Harvard. Para o autor, o juiz Sergio Moro, ao divulgar através da imprensa conversas gravadas do ex-Presidente, trabalhou com a *lawfare*. Moro, nas palavras de Comaroff, manipulou a lei justamente para criar uma presunção de culpa.⁴

2 O QUE É ISTO – LAWFARE? O MAPEAMENTO DO VÍRUS

Warfare é um termo em inglês que remete a *guerra, conflito* — e, por óbvio, todos seus termos correlatos. *Law*, por sua vez, é uma palavra que, na tradução, significa tanto *lei* quanto *Direito*. Nesse sentido, pode-se depreender que *lawfare*, portanto, é uma espécie de tática conflituosa na qual o Direito é utilizado como arma contra um inimigo específico. A expressão foi cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, para quem *lawfare* representava um novo modelo de duelo — não mais com espadas, mas com palavras.⁵

Para o *Lawfare Project*, *think thank* jurídico voltado à promoção de acesso à justiça visando à proteção dos direitos humanos e civis, *lawfare* é o “campo de batalha jurídico” que se utiliza “das leis e sistemas jurídicos ocidentais para atingir fins militares estratégicos ou políticos”.⁶ A organização tem seu conceito baseado na produção acadêmica do Major

⁴ FOLHA DE S. PAULO. *Professor de Harvard vê ‘presunção de culpa’ contra Lula na Lava Jato*, por Thais Bilenky. 04 nov. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contr-lula-na-lava-jato.shtml>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁵ CARLSON, John; YEOMANS, Neville. *Whither Goeth the Law – Humanity or Barbarity*. In: SMITH, M.; CROSSLEY, D. (eds.). *The Way Out – Radical Alternatives in Australia*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

⁶ THE LAWFARE PROJECT. *What Is Lawfare?* Disponível em: <https://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Acesso em: 04 out. 2017.

General Charles J. Dunlap, Jr., professor da Duke University, para quem *lawfare* é “o uso ou mau uso do Direito como substituto de meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional”.⁷

A partir dessas definições, e, claro, da própria junção de *law* e *warfare*, o significado da expressão *lawfare* torna-se muito claro; para melhor compreendê-la, porém, é necessário, primeiro, *visualizá-la*, para, depois, *trabalhá-la* não como um fenômeno isolado, único e *sui generis*, mas, especialmente, como um sintoma da *falta de autonomia do Direito*.

Não é necessário que se vá muito longe para que o fenômeno seja exemplificado. A inversão do ônus da prova é uma forma de *lawfare*. Se está na lei processual que o ônus da prova é do acusador, de que modo se pode transferir esse ônus ao réu? Resposta simples: utilizando o direito como “não direito”, substituindo os meios democráticos de aferição da culpa. Outra forma de *lawfare* é lançar mão do “método” “primeiro decido e depois busco o fundamento”. Trata-se, nesse caso, de colocar os fins (condenação) em primeiro plano, deixando os meios apenas como ornamento. Em termos de paradigmas filosóficos, trata-se de uma fraude epistemológica. Do mesmo modo, quando a Constituição estabelece claramente uma garantia e o judiciário a torna tabula rasa, também estará presente a prática de *lawfare*.

3 OS CASOS SINTOMÁTICOS DO LAWFARE

Examinemos alguns eventos que demonstram a “atividade *lawfare*”. Ressalto o caso emblemático no qual fui o primeiro quem chamou a atenção para o escandaloso item 9 do acórdão que condenou o ex-Presidente Lula, exarado nos seguintes termos:

Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal. A construção de uma tese acusatória – procedente ou não –, ainda que possa gerar desconforto ao acusado, não contamina a atuação ministerial. (TRF4 - ACR: 50465129420164047000 PR 5046512-94.2016.4.04.7000).

A afirmação é clara e transitou em julgado. O TRF4 simplesmente assentou que o Ministério Público pode agir sem isenção. O sistema de justiça brasileiro está em uma encruzilhada. Os fins justificam os meios? Lendo os diálogos divulgados pelo site Intercept, a prática do MPF nos casos mostra claramente que, sim, os fins justificam os meios.

⁷ DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. In: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. *National Security Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

De uma vez por todas: um juiz não se associa com o órgão acusador. Quando isso ocorre, está-se em face de *lawfare*.

Imaginemos o contrário: o vazamento de conversas do juiz com o advogado de defesa e depois o réu resta absolvido. O que seria isso? O escândalo estaria formado. Mas, como se trata de conversa de juiz com o MP, isso é visto como “normal”, como sustentam Dallagnol e Moro. Aliás, grande parte da mídia considerou essa relação acusação-juiz como “normal e corriqueira”. Até mesmo um ministro do STF epitetou essa relação como fruto de “pecadilhos”.

Segundo as narrativas de Moro e Dallagnol – para falar apenas deles - não houve parcialidade, uma vez que “54 pessoas acusadas pelo Ministério Público foram absolvidas pelo ex-Juiz Federal Sérgio Moro”.

Essa é a prova de imparcialidade? Primeiro, isso não significa nada. Segundo, e concedendo para fins de argumentação que signifique, da (im)parcialidade em x processos não se deriva (im)parcialidade em y processos. Simples. Além do mais, veja-se que, nos diálogos entre os Procuradores, Dallagnol admite a fragilidade da prova do caso do triplex.

Nesse sentido, é importante que se chame as coisas pelos seus nomes. Diferentemente do “imaginário Lava Jato”, no interior do qual não se diferencia juiz e acusação, é importante sempre lembrar dos paradigmas filosóficos. Aqui pode-se lembrar de Ludwig Wittgenstein, para quem não existe linguagem privada. Por isso, não adianta tentar criar uma novíngua exclusiva da Operação Lava Jato: os critérios para atribuição de significado e sentido são externos. Linguagem pública, ensina-nos Wittgenstein e todos os filósofos do giro linguístico. Quando falta prova, falta prova. Processo penal não pode ser disputa de narrativas ou fake-juris.

O que veio a público com as matérias do Intercept Brasil é nada mais do que aquilo que já vinha denunciando de há muito, trazido às claras por um modo não ortodoxo. O que ficou claro é que a Força-Tarefa da Lava Jato, sob o pretexto da luta contra a corrupção, trocou o Direito pela Política. *Chamando a coisa pelo nome, lawfare*. Na espécie, os Procuradores ignoraram as lições mais elementares que qualquer aluno de graduação aprende em Introdução ao Direito. Eles, juntamente com o Juiz Moro, colocaram-se acima do Estado de Direito.

Atropelaram garantias, atropelaram a Constituição, atropelaram a lei. E vejam, esta crítica não é difícil de se fazer. Está tudo ali. Escrito. Sim, não se desconhece que esses diálogos são produto de haqueamento. Porém, já foram periciadas pela Polícia Federal, por ordem do Supremo Tribunal. Se não podem ser utilizadas para processar criminalmente os protagonistas, parece evidente que podem ser utilizadas a favor de qualquer acusado,

como se estuda já nos primeiros anos de faculdade. O exemplo clássico que se usa nesse sentido é o do diretor do presídio que abre o envelope que não deveria abrir. É crime violar correspondência, mas dentro da correspondência existe a prova de que alguém está injustamente condenado por um crime. A prova não seria válida para incriminar quem abriu o envelope, mas valeria para absolver ou para beneficiar aquele que pode ser inocente. Ou valeria para investigar o que está denunciado na carta.

E o que está escrito importa, por mais que se negue as evidências. A propósito, lembro-me dos meus tempos de Promotor de Justiça, na minha primeira Comarca, nos confins do Rio Grande do Sul. Um cidadão foi acusado de ter furtado um porco. No depoimento à autoridade policial, confirmou que, efetivamente, vinha carregando o porco nas costas. Indagado sobre o que fazia o porco na sua “cacunda”, o réu respondeu: “Qual porco? Ah, esse que colocaram nas minhas costas?”. Na especificidade, o réu não se ajudou muito. Como no episódio do furto do porco e da “versão exculpante” do indiciado, as explicações de Moro e da Força-Tarefa desafiam a luz solar.

Ademais, recordo que os protagonistas da Lava Jato, Dallagnol e Moro, entre outros, não podem se queixar, uma vez que o primeiro defendeu com ardor o pacote das 10 medidas, em que constou que notícias anônimas podem ser usadas para iniciar investigação porque o que importa é “levar atos corruptos ao conhecimento do cidadão” (veja-se: eu não concordo com isso; quem diz isso é Dallagnol). Na verdade, aqui, no caso, nem há ou houve anonimato.

Vejamos como há sempre o efeito bumerangue nas declarações e na biografia dos protagonistas. Com efeito, o ex-juiz Sérgio Moro sempre disse que ninguém está acima da lei e, no programa do jornalista Pedro Bial, justificou o vazamento das conversas de Lula e Dilma deste modo: *“O problema ali não era a captação do diálogo e a divulgação do diálogo, era o diálogo em si, o conteúdo do diálogo, que era uma ação visando burlar a justiça. Este era o ponto”*.

Pois é. Uma clara confissão. Na novílingua de Moro, o vazamento ilícito de escutas possui outro nome: “divulgação do diálogo”. Nessa linha, por qual razão as mensagens da Operação Vazajato (Operação Spoofing) não poderiam servir de indícios? A justificativa poderia ser a própria declaração de Moro: *“O problema ali não era a captação do diálogo e a divulgação do diálogo, era o diálogo em si, o conteúdo do diálogo...”*.

Outro exemplo que merece destaque diz respeito ao agir do então juiz Sérgio Moro, que nitidamente atuou com uma espécie de mentor do processo, inclusive com aconselhamentos à acusação. Fôssemos reduzir o fenômeno “Lava Jato” em uma frase, poderíamos dizer: tudo o que aconteceu foi porque a dogmática jurídica sempre apostou — e continua

apostando — no protagonismo judicial, naquilo que se entende por “realismo jurídico”, *pelo qual o direito é aquilo que o Judiciário diz que é.*

Aprofundando, podemos dizer que, na medida em que o movimento lavajatista ascendeu, popularizava-se no Brasil o conceito de *lawfare*, vindo do direito americano. Segundo Dunlap, trata-se do “uso ou mau uso do Direito como substituto de meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional”⁸. O caso de Lula e a Lava Jato, de um modo geral, impuseram um novo contorno à importação desse conceito. Diante de todas as questões políticas e simbólicas que envolvem estes casos, o uso estratégico do Direito para fins políticos, geopolíticos, militares e comerciais passou a constituir-se como única justificativa para tamanhas arbitrariedades⁹.

Não é desarrazoado afirmar que o direito penal brasileiro inaugurou uma nova fase com a ascensão do movimento lavajatista. Uma de suas principais características tem sido a intensificação das práticas inquisitoriais e punitivistas, conduzindo-se os processos com um forte enviesamento contra réus considerados inimigos políticos. Nesse sentido, vinham sendo acumuladas críticas à quebra da imparcialidade pelo juiz e da isenção pelo Ministério Público — cujo papel de mero acusador foi superado há muito tempo na doutrina, mas não na prática.

O debate sobre esses problemas atingiu seu ápice exatamente com a divulgação das mensagens — algumas acima referidas — trocadas por atores diretamente envolvidos na operação.

Diante da notoriedade dos acusados e do cenário de polarização vivenciado no país, o julgamento de recursos envolvendo esse caso pelo STF levou a um verdadeiro circo midiático. Questões técnicas, como a autenticidade das mensagens e a validade de seu uso como prova em favor da defesa, passaram a ocupar o centro do debate público. Nesse quadro, os argumentos jurídicos precisaram competir com uma defesa da relativização do devido processo para que seja feita uma “faxina da política”. Diagnóstico muito bem apresentado por Carol Proner ainda em 2018.¹⁰ O direito passa a ser representado socialmente como “filigrana”, um conjunto de formalidades inúteis, para usar a expressão de Dallagnol.

É tamanho o escândalo que, no mês de outubro de 2021, veio à lume mais um diálogo, desta vez entre o procurador Dallagnol e seus colegas de Força Tarefa, tratando

⁸ DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. In: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. *National Security Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

⁹ PRONER, Carol. Lava Jato e a degradação do Sistema de Justiça no Brasil. In: STRECK, L.; PRONER, C; CARVALHO, Marco de; SANTOS, Fabiano. *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021.

¹⁰ PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O Devido Processo Legal em risco no Brasil: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Projeto Editorial Praxis: Bauru, 2017.

da delação premiada do acusado Barusco. Em determinado momento, Dallagnol determina que seja reescrita a delação, com a inclusão do Partido dos Trabalhadores, para passar a figurar ao lado do Partido Progressistas, apontando primeiramente pelo delator. Segundo Dallagnol, tratava-se de uma questão política. Um caso exemplar de *lawfare*.

Obviamente que o *lawfare* não exsurge apenas das mensagens interceptadas. Uma simples leitura dos processos conduzidos pelo ex-juiz Moro escancara a parcialidade, questão que, aliás, ficou definida pelo julgamento da segunda turma da Suprema Corte, em que nem foi necessário lançar mão das referidas mensagens. Interessante ressaltar que, mesmo antes do julgamento do Habeas Corpus 164.493/PR, impetrado em favor do ex-presidente Lula, apenas 2,1% dos professores de direito respondentes à pesquisa promovida pelas professoras Carol Proner e Gisele Cittadino consideraram que o Juiz Sérgio Moro havia atuado com a imparcialidade exigida¹¹.

De todo modo, para além do julgamento da parcialidade, vale lembrar que as provas de *lawfare* nas mensagens que vieram à tona com a chamada “Vaza Jato” são tantas que praticamente todos os dias a imprensa noticia(va) alguma nova ilicitude descoberta nesse vasto material, do qual ainda não conhecemos uma parte. Abaixo, destaco e contextualizo alguns pontos relevantes naquilo que já se apurou:

a) o juiz orienta a atuação do MP Em um dos trechos das mensagens, Moro orienta Deltan sobre sistemas da Odebrecht. Só um chefe diz isso a um subordinado. Lendo as mensagens, fica a nítida impressão de que Deltan seguia ordens de Moro. Moro diz: tem de fazer perícia disso e produzir “laudos específicos”, caso contrário “vai ser difícil usar” (sic). Ou seja, o juiz diz ao MP o que fazer e como fazer.

b) Moro questiona Dallagnol se já existem elementos fortes para denunciar Lula Em 16 de fevereiro de 2016, Moro pergunta se os Procuradores têm uma denúncia sólida suficiente. Na sequência, Dallagnol diz o que já tem contra Lula. Isto é, Moro coloca-se como chefe da Força-Tarefa do Ministério Público.

c) Moro e Dallagnol tratam de reunião sigilosa com suíços — violaram, assim, flagrantemente, toda a legislação sobre acordos internacionais firmados pelo Brasil Sim, isso aconteceu. E Moro pergunta: evoluiu aquilo das contas dos Estados Unidos? Dallagnol responde. E Moro “determina”: “Mantenha-me informado...”. Quarenta minutos depois, o obediente Dallagnol presta constas a Moro: “acabamos de ver” (e conta o que acharam).

d) Dallagnol pede a Moro cautela no depoimento de Leo Pinheiro Em total conluio, no dia 12 de setembro de 2016, o Procurador Dallagnol pede a Moro “certa estratégia” no depoimento do réu Leo Pinheiro. E Moro responde: “Ah, sim!”.

¹¹ PRONER, Carol. CITTADINO, Gisele. Projeto suspeição em suspenso. In: STRECK, L.; PRONER, C.; CARVALHO, Marco de; SANTOS, Fabiano. *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021

e) o juiz Moro cobra manifestação do MPF em ação da Lava Jato 14 de setembro de 2016. Moro necessita de manifestação do MPF e já coloca os “limites da manifestação”. “Bem simples”, ele diz. E Dallagnol, como sempre, prestativo, diz: “Providenciaremos”. Em 35 minutos, Dallagnol diz ao “chefe”: “- Pronto, protocolado”!

f) a questão dos celulares suíços e americanos Em 18 de outubro de 2016, um dia antes da prisão de Lula, Dallagnol queria falar com Moro para tratar da apreensão de celulares (estrangeiros e no estrangeiro). O mais interessante, no entanto, é a citação das reuniões com suíços (que, segundo Dallagnol, pediram extremo sigilo — sic) e americanos para negociar “percentuais da divisão do dinheiro” apreendido. E falam sobre reunião entre Moro, MPF e polícia. Sobre celulares e quejandos. E sobre prisão. Tudo junto, como se não houvesse lei, CPP, Constituição. Pior: tudo em nome do que Moro dizia, em entrevistas, “rule of law”.

g) Moro diz aos Procuradores que vai indeferir pedido de defesa de Lula Em 29 de agosto de 2017, além de chamar jornalista da Folha de S. Paulo de “picareta”, fornece informação privilegiada ao MPF, dizendo que iria indeferir um pedido da defesa de Lula.

h) Moro quer saber se “não vão vir mais contas da Suíça” (sic) Vale registrar o ocorrido em 18 de outubro de 2016, quando Moro pergunta sobre mais contas da Suíça. Deltan diz: “Um assunto mais urgente é sobre a prisão. Falaremos disso mais tarde”. Alguns dos atores jurídicos já pensavam, inclusive, em se retirar do Ministério Público, para umas “consultorias”...

Isso se infere da carta enviada pelo Procurador suíço Stephen Lenz ao Procurador Leandro Martelo, *in verbis*: “Com o profundo conhecimento do assunto e especial nas investigações em curso, eu poderia liderar o lado brasileiro por meio dos procedimentos dos quais já tenho familiaridade”. (12) Caminho semelhante foi seguido por Moro: deixou de ser juiz para ser Ministro da Justiça e Segurança Pública do governo de adversário político do ex-Presidente Lula, com quem rompeu sob acusação de tentativa de interferência na Polícia Federal, passando então a prestar consultorias internacionais contra corrupção para empresas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E A DESCOBERTA DA VACINA

A questão fundamental é que *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*. Quando a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita a partir de ceticismos, pragmatismos, teleologismos sem uma adequada criteriologia que mire em *uma* resposta

correta¹² – especialmente lembrando-se que, em um Estado Democrático, os cidadãos têm um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada –, abre-se espaço para que a jurisdição seja utilizada como uma arma política. Em um cenário em que o Direito não tem autonomia, e que o relativismo consensual considera não haver verdades ou respostas corretas, quem perde é a democracia. Logo, em última análise, perdemos, todos nós.

No presente texto procurei fixar premissas conceituais sobre quebra da imparcialidade/isenção e sobre *lawfare*. Tais conceitos iluminam os acontecimentos recentes no Brasil, advindo da chamada operação Lava Jato, de cujas ilegalidades se tem cada vez mais provas.

O vazamento das mensagens pela “Vaza Jato” revelou um conluio sistemático entre juízes e MPF contra um grupo determinado de réus. As mensagens revelam, inclusive, quebra de Tratados Internacionais e quebra de sigilo de autoridades, como Ministros de Tribunais Superiores.

Defendi que já existem normas e mecanismos jurídicos para combater tais problemas, interpretando-se corretamente o Código de Processo Penal, os tratados internacionais de que o Brasil é signatário e a jurisprudência do STF e do TEDH. Contudo, diante da resistência evidenciada em decisões como a do TRF4, defendi também o valor da aprovação de novos projetos de lei (como o projeto Anastasia-Streck) para tornar esse dever mais explícito em nossa prática jurídica.

Lawfare é parcialidade por excelência. É o anti-direito. Se a moral e a política corrigem o Direito, *quem corrige a moral e a política?* É esse o ponto. Quando aceitamos que o Direito perca (ou não exerça) o elevado grau de autonomia que este exige, aceitamos que ele seja filtrado por seus predadores externos. E essa *autonomia* deve ser entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente e que *institucionaliza* suas dimensões intercambiáveis, de forma a funcionar como blindagem contra seus próprios predadores externos, sendo essa, portanto, sua própria condição de possibilidade.¹³

Que a *lawfare* é um instrumento de perseguição ilegítimo e antidemocrático, é evidente e *não exerce o elevado grau de autonomia que exige*. Esse não, é, porém, o único problema (como se esse já não fosse suficientemente grave!). Outra questão que salta aos

¹² Sobre o tema, ver o verbete *Resposta adequada à Constituição (resposta correta)*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 1, pp. 65-77 jan./jun. 2009.

olhos é o fato de a *lawfare* ser a *antítese de se decidir no Direito através de princípios*. Nada mais do que um subproduto de teorias *não-cognitivistas éticas*.

O ponto menos óbvio que deve ser frisado, repetido, pois, é que a *lawfare* é uma *consequência sintomática de um Direito que cede aos seus predadores externos*. Agora, se desejamos entender a *lawfare* enquanto fenômeno, para além dos exemplos, devemos pensa-la também a partir dos *predadores externos* do Direito; notadamente, a *economia*, a *moral* e a *política* — sendo os dois últimos os mais importantes para este momento. O que mais sintomático de um Direito predado pela moral e pela política que sua utilização como arma visando a um inimigo político? É evidente que, mesmo falando politicamente, isso é inaceitável; explorar os riscos disso a uma comunidade democrática não exige um grande ônus argumentativo. Um jurista, contudo, tem o dever de abordar a gravidade disso também a partir da ameaça que essa realidade representa ao próprio Direito

Numa palavra final: se há qualquer dúvida de que essa espécie de relativismo moral importada pelo Direito é um dos fatores que acaba por perpetuar e, em última instância, *legitimar a lawfare*, atente-se para o seguinte: há uma diferença entre o *decidir*, que é um ato de *responsabilidade política*, e o *escolher*, que é um ato de *razão prática*. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, é um ato de agir *estratégico*. A relação com a *lawfare*, pois, é evidente. Em um contexto democrático, as instituições devem ser imparciais. Logo, não pode dizer simplesmente o que quiserem. Há uma estrutura externa que deve *constranger a sua subjetividade*, e essa estrutura é formada pela Constituição, pelas leis, pelas teorias da prova e sobre a verdade.

REFERÊNCIAS

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law – Humanity or Barbarity. In: SMITH, M.; CROSSLEY, D. (eds.). *The Way Out – Radical Alternatives in Australia*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. In: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. *National Security Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

THE LAWFARE PROJECT. *What Is Lawfare?* Disponível em: <https://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Acesso em: 04 out. 2017.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação no Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FOLHA DE S. PAULO. *Professor de Harvard vê ‘presunção de culpa’ contra Lula na Lava Jato*,

por Thais Bilenky. 04 nov. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contralula-na-lava-jato.shtml>. Acesso em 04 out. 2017.

PRONER, Carol. Lava Jato e a degradação do Sistema de Justiça no Brasil. In: STRECK, L.; PRONER, C; CARVALHO, Marco de; SANTOS, Fabiano. *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021.

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele. Projeto suspeição em suspenso. In: STRECK, L.; PRONER, C; CARVALHO, Marco de; SANTOS, Fabiano. *O livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1, pp. 65-77 jan./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, ed. 2, pp. 390-416, ago. 2017.

Capítulo 40

LAWFARE: DE GETÚLIO VARGAS E PRESTES A LULA

Luiz Carlos da Rocha¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; A CAIXA DE PANDORA SE ABRE PARA MATAR A DEMOCRACIA; O VELHO E O MODERNO FIGURINO DO ARBÍTRIO; NO NORTE O BEM ESTAR, NO SUL AS DITADURAS; NEOLIBERALISMO E A DEMOCRACIA NO SUL; O *LAWFARE* E A ESPERANÇA; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Quando passei a integrar a equipe de advogados que oficiam na defesa técnica, o Presidente Lula já havia sido sequestrado pela autodenominada Operação Lava Jato no cativo da Superintendência da Polícia Federal em Curitiba.

O objetivo dos sequestradores no curto prazo era impedir que concorresse à Presidência da República nas eleições de 2018, no médio era também impedi-lo nas eleições subsequentes e no de longo prazo retirá-lo da vida pública brasileira e também colocar o Partido dos Trabalhadores na proscrição, tal como a aristocracia jurídica nacional já havia feito com o Partido Comunista Brasileiro em 1947, após ter logrado um desempenho eleitoral notável nas eleições de 1946, as primeiras de que participava, obtendo cerca de 10% da votação, um belo e ameaçador começo, liderado por Luís Carlos Prestes, uma das maiores

¹ Advogado, Mestre em Direito, autor, ex-Procurador Geral do Município de São José dos Pinhais.

lideranças populares da história do Brasil, e também como fez o Golpe Militar de 1964 com todos os partidos políticos então existentes.

Portanto, quando passei a visitar Lula todos os dias úteis no seu cativeiro na República de Curitiba, rótulo que nasceu para dar identidade com a sua congênere, não menos espúria e famosa, República do Galeão dos anos 1950, já tinha ciência de que se tratava de uma luta quase que exclusivamente política e na qual o jurídico era só o “nariz de cera” para manter as aparências de legalidade de um processo de cartas marcadas em relação ao referido acusado.

Bem antes de Lula chegar a Curitiba as araucárias já cochichavam no silêncio bucólico dos parques que em algum momento ele seria preso: os sequestradores, à espreita, só aguardavam o momento oportuno.

Desde o início da Operação Lava Jato coisas estranhas ao Direito causavam preocupação e, a mim, a primeira delas se viu quando o juiz Moro prestou informações ao Ministro Teori Zavaski no HC por meio do qual Paulo Roberto Costa se insurgia contra o decreto de prisão que o magistrado havia lhe imposto. As informações faziam referência a investigação de um suposto tráfico internacional de drogas. Não me pareceu que aquele diretor da Petrobrás, funcionário de carreira, bom e pacato pai de família, tivesse qualquer envolvimento com tráfico internacional de drogas. Mas aquela referência pareceu o bastante para que o Ministro Teori recuasse no intento de conceder a liminar para soltar o preso. Até hoje não se tem notícia da existência de qualquer investigação na linha do tráfico internacional de drogas, dentro ou fora da Operação Lava Jato. Restou uma sensação estranha.

Para mim, o viés político do juiz emergiu frondosamente no episódio da quebra do sigilo da conversa da Presidenta Dilma Rousseff com a Presidente Lula, na qual tratavam de detalhes da sua nomeação para um ministério. O que pareceu um ato tresloucado de Moro, foi uma ação premeditada para impedir que Lula se tornasse ministro e, como consequência, ganhasse a prerrogativa de foro que obrigaria que todos os seus processos migrassem das mãos do juiz Moro para o Supremo Tribunal Federal. Moro foi capaz de praticar uma absurda ilegalidade para manter a competência de processar e julgar aquele réu. Com quase 40 anos de militância da advocacia nunca me deparei com a situação em que o juiz brigou para ficar com um processo. Vi muitas vezes juiz o brigando para se livrar do processo. Moro, portanto, caminhou na trilha da ilegalidade conscientemente para continuar tendo o réu sob sua jurisdição e mostrou ali o tamanho do monstro da sua imparcialidade. Já estava irremediavelmente empenhado em condenar Lula: era um juízo especial para Lula.

O passar do tempo foi mostrando, em vários episódios dentro e fora do processo, cada vez mais, que a questão era só política e a mudança da orientação do STF no tema da prisão em segundo grau, apresentada ao povo pela Rede Globo e pela chamada “grande

mídia” como uma exigência da “nação” no combate à corrupção, que autorizou a prisão de acusados cuja sentença condenatória fosse confirmada em segundo grau e serviu para autorizar Moro a prender Lula, corroborou plenamente o viés político da Operação Lava Jato em todas as instâncias do Judiciário por onde transitava.

Na luta política que se instaurou desde o instante em que muitos do chamado campo democrático se deram conta de que a Operação havia sido partidarizada, portanto, muito mais do que politizada, a defesa do Presidente Lula, além da laboriosa e valorosa defesa técnica do Presidente Lula, passou a contar com o esforço de inúmeros advogados e juristas que atenderam ao bravo e desafiador gesto do Presidente Lula de confrontar os seus algozes dentro do território brasileiro, recusando as ofertas de exílio, como ele próprio pronunciava: serei o bode mais fedido que o mundo já viu em uma sala.

Todos acreditaram na plena inocência de Lula, mas ele acreditou, como ninguém mais, que poderia enfrentar e derrotar os tentáculos da Lava Jato que se lançavam arrebatadamente sobre ele.

E a primeira vitória veio quando o STF alterou novamente a orientação sobre a prisão em segundo grau, voltando aos braços da Constituição para afirmar a presunção da inocência. Essa vitória deu-se já em 2019, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade ajuizadas por partidos políticos em defesa ao artigo 283, do Código de Processo Penal Brasileiro, que, na esteira do texto constitucional, só autoriza a prisão após o trânsito em julgado da ação penal condenatória.

Faço esse resumo inicial em decorrência da imprescindível necessidade de homenagear todos os advogados que, fora da defesa técnica do Presidente Lula, lutaram incansavelmente pela sua libertação e o reconhecimento da sua inocência. Uma lista de nomes dos advogados e juristas que atuaram direta e indiretamente nas ADCs, patrocinando os pedidos das entidades que foram ao STF contra a prisão em segundo grau, vagaram pelos corredores dos tribunais entregando pareceres que denunciavam a violência contra Lula, seria cansativa e inapropriada aqui, razão pela qual homenageio todos esses abnegados da democracia na pessoa da querida amiga Carol Proner, um exemplar emblemático e extraordinário da nova geração de brasileiros que cresceram pós ditadura, assumem a democracia como um valor fundamental e não encontram limites em lutar contra tudo e todos que a agridem.

A CAIXA DE PANDORA SE ABRE PARA MATAR A DEMOCRACIA

O *impeachment* de Dilma Rousseff foi como a abertura da Caixa de Pandora na democracia brasileira: restou, como está na lenda, apenas a esperança e, na realidade brasileira, a pergunta sobre a origem dos astros do mal que convergiram para aquele golpe

da insensatez. Como resultado, passados 5 anos, o país segue amargurando a tragédia na economia, na democracia e a na condução criminoso do governo no trato da pandemia.

Na retomada das eleições presidenciais após o fim da ditadura, sobretudo depois da experiência do pacto constitucional dos anos 1980, os partidos PSDB e PT lograram assumir o protagonismo do jogo eleitoral e passaram a travar uma polarização democrática, sem guerras, com produção de consensos pontuais, onde a tolerância presidida as relações e os conflitos eram próprios do jogo da política. Os ódios foram racionalizados e contidos, produzindo o período virtuoso de maior longevidade da democracia brasileira. Ao longo dos anos, as forças apreenderam a se revezar no poder nas prefeituras, nos governos estaduais, nas casas parlamentares e na Presidência da República. Assim foram contidas a tendência à tirania da maioria, tão bem iluminada nas reflexões de Tocqueville.

Foi assim até que a derrota da eleição presidencial de 2014 impeliu o PSDB à sedução de quebrar o jogo de confiança mútua: qual foi o motivo?

A história dos golpes contra a democracia, da Grécia ao Chile, mostra que a quebra da confiança é um elemento quase sempre presente: “a ciência política contemporânea tem pouco a dizer sobre as novas maneiras como a democracia pode falhar porque está preocupada com outra questão: entender como a democracia continua a funcionar, para começo de conversa. O que é compreensível. Durante o processo de sua difusão pelo mundo, a democracia quase sempre deu um passo atrás para cada dois passos dados à frente. Pode ter sido estabelecida precariamente em parte da África, da América Latina ou da Ásia, e depois sufocada por um golpe de Estado ou uma sublevação militar antes da próxima tentativa. Foi assim em lugares como o Chile, a Coreia do Sul e o Quênia. Um dos enigmas centrais da ciência política é explicar a persistência da democracia, que é fundamentalmente uma questão de confiança: aqueles que correm o risco de perdas com o resultado de uma eleição precisam confiar que vale a pena a perseverança até a próxima disputa eleitoral (...) Muitas vezes, essa confiança acaba. E é então que a democracia desmorona. Por esse motivo, os cientistas políticos tendem a ver a falência da democracia como um ‘retrocesso’ ou uma ‘recaída’ (*baksliding*, em inglês). A democracia volta ao ponto anterior à consolidação de uma confiança duradoura em suas instituições. E é por isso que recorremos a exemplos passados de falência democrática para entender melhor o que pode dar errado no presente. Imaginamos que o fim da democracia irá nos levar de volta ao início. O processo de criação em marcha à ré”².

As reflexões do autor instigam um olhar mais atencioso para as experiências democráticas do Sul e também alertam sobre a tentação de fazer esse exercício utilizando

² RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018, p. 10.

como referência as experiências do Norte, onde, como ele próprio anota, “a confiança na democracia é tão firme que é quase impossível de abalar”.

No Sul não existiram, e ainda não existem, democracias nas quais a confiança é tão firme que é “quase impossível abalar”, pois, como sustenta Boaventura, no Norte a violência se resolve com regulação e no Sul com violência.

Mirando para as idas e vindas da democracia, Runciman alerta que devemos “evitar uma visão da história à moda de Benjamin Button, em que tudo que é velho torna a rejuvenescer, mesmo enquanto adquire mais experiência. A história não anda para trás. É verdade que a democracia ocidental de hoje se comporta de maneiras que parecem ecoar os momentos mais sóbrios do passado – quem tiver visto manifestantes que ostentaram suásticas pelas ruas de Charlottesville, na Virgínia, ouvido, em seguida, o Presidente dos Estados Unidos dar um jeito de afirmar que a culpa estava dos dois lados, não poderá ser criticado por temer o pior. No entanto, por mais funestos que sejam, esses eventos não pronunciam a volta de uma coisa que julgamos ter deixado para trás. É fato que deixamos o século XX para trás. Precisamos de um novo quadro de referência”. Para o autor, as crises da democracia contemporânea “não desaguam na década de 1930”.

De fato, a democracia Ocidental (do Norte), cuja origem é anterior a 1930, talvez não regresse mais àquele tempo, mas é inevitável constatar que, a despeito de toda a modernização e de todo o avanço civilizatório que o mundo experimentou nas décadas pós Segunda Guerra, não é desarrazoado que alguns afirmem que o clima político, em diversas partes do mundo de hoje, ganhou feições parecidas às da década de 1930. As razões também não parecem ser diferentes das que fizeram nascer e prosperar o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, na Espanha e no Japão.

Herrera Flores, como muitos outros intelectuais, também alerta que a democracia é um processo em permanente construção e aponta para os perigos que o espreitam, notadamente no momento em que mundo mergulhou numa

época da exclusão generalizada. Um mundo no qual quatro quintos de seus habitantes sobrevivem à beira da miséria; um mundo no qual a pobreza aumenta em 400 milhões de pessoas ao ano, segundo o relatório do Banco Mundial de 1998, o que faz com que, atualmente, 30% da população mundial viva (?) com menos de um dólar, situação que atinge de forma especial às mulheres. Além disso, 20% da população mais pobre recebe menos de 2% da riqueza do mundo, enquanto os 20% mais ricos ficam com mais de 80% do total das riquezas produzidas. Um mundo em que mais de 1 milhão de trabalhadoras e trabalhadores morrem por acidentes de trabalho, 840 milhões de pessoas passam fome, um bilhão não têm acesso a água potável e a mesma quantidade é analfabeta, tudo em razão de planos de (des)ajus-

te estrutural, que estão impondo o desaparecimento das mais diminutas garantias sociais (PNUD, 1996). Um mundo em que ao ano morrem de fome e de doenças evitáveis um número que resulta da multiplicação por 6000, o total dos mortos nas torres gêmeas [...] Está claro que não são as pessoas que contam, pois o que importa é unicamente a rentabilidade.³

As crises econômicas cíclicas, que marcaram a economia mundial nas últimas décadas do século passado já sob o avanço do neoliberalismo, trouxeram ódio em quantidade suficiente para provocar desarranjos institucionais até no Norte. Emergiram grupos de extrema direita com discurso assentado na repulsa à imigração, no antisemitismo e ressuscitando o anticomunismo mais anacrônico em todo o continente europeu e nos EUA.

O que mudou? Primeiro, as divisões institucionais seguem agora linhas muito diferentes. Em vez do rei, do Exército e do Parlamento, o impasse atual se dá entre a União Europeia (UE), os Bancos e o Parlamento. E ninguém entra nessa disputa com armas nos bolsos. As batalhas são travadas por homens e mulheres de terno, armados de planilhas. O Exército grego não tem participação ativa nessa luta pelo poder. Limita-se a acompanhar os acontecimentos. Segundo, a Guerra Fria acabou. Não existe mais uma luta de vida ou morte entre a democracia ocidental e seus inimigos ideológicos. A Grécia está na linha de frente de outro confronto, entre o sistema financeiro global e as soberanias nacionais. Vem fazendo o possível para dar conta de um influxo de refugiados de guerras civis em outros países, como a Síria. Os Estados Unidos se interessam pelo que ocorre com a Grécia, mas não veem sua própria sobrevivência em jogo, como no tempo em que temia a tomada do poder pelos comunistas. As preocupações da CIA são outras. As linhas bem definidas da Guerra Fria deram lugar às águas turvas da suspeita de interferência russa na própria política dos Estados Unidos, o que pode ser visto em toda parte e em lugar algum. Os chineses também estão envolvidos, mas não têm o menor desejo de militarizar a situação. Só procuram oportunidade de investimento. Se as circunstâncias políticas mudaram, a Grécia também mudou⁴.

De fato, na Grécia, na Argentina, no Chile e no Uruguai, os militares parecem já não estar mais no jogo, mas em quantos países do Sul essa assertiva tem validade? O perigo do militarismo ainda ronda os palácios de governos democráticos em muitos cantos do Sul, como se viu recentemente no golpe contra Evo Morales na Bolívia, inclusive com a conivência da OEA. As tradições democráticas da região são completamente diferentes

³ FLORES, Joaquim Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux/IDHID, 2009. p. 151-170.

⁴ RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018, p. 36-37.

das tradições democráticas do Norte. Definitivamente, não se pode pensar um país como o Brasil com a cabeça em Oslo.

Uma mirada na história das lutas e experiências democráticas do Sul é imprescindível, sem, obviamente, desconhecer a rica experiência acumulada pelos países democráticos do Norte, pois é a fonte de criação de muitos venenos que vão ser inoculados nos processos do Sul: o mais recente é o que se rotula de *lawfare*, embora, como sempre, continue sendo necessário alguém matar a confiança e abrir a Caixa de Pandora.

O VELHO E O MODERNO FIGURINO DO ARBITRÍO

O que se viu a partir do golpe parlamentar militar no Brasil de 2016 foi a aplicação sistemática do *lawfare*. Não se acusou Dilma e Lula de comunistas, inimigos da pátria, traidores da segurança nacional. Uma irregularidade contábil do Governo Dilma foi travestida de crime de improbidade para consumir o golpe. A Lula, sem nenhuma prova, foi imputada a condição de corrupto. Em ambos os casos as instâncias do Judiciário permitiram que se desse curso ao arbítrio. Escolhe-se um órgão especial de justiça com o objetivo de permitir que se casse, julgue, condene, prenda. A mídia se encarrega formar a imagem do bárbaro, do monstro, do não humano. No primeiro momento opera-se na construção sistemática das imagens e rótulos que destroem a reputação. No segundo momento vem o processo de desumanização. Por fim, a operação do ostracismo da morte política ou do cárcere.

Aqui vale referir que o discurso anticorrupção no Brasil muda de mãos, mas o veneno moralista é o mesmo sempre. Desde o final da monarquia era possível ouvir no parlamento vozes demagógicas apontando que o problema do Brasil era a corrupção, em pleno regime escravocrata. A República nasceu pelas mãos de generais moralistas, num tempo em que Rui Barbosa pregava sermões pela ética e os negros, libertos de três séculos de escravidão, eram invisibilizados e sem direito a nenhum tipo de reparação. Na Coluna Prestes e na Revolução de 1930, entusiasmados tenentes gritavam pela ética e denunciavam a corrupção, num tempo em que setores da academia científica admitiam a eugenia. No ato seguinte, grande parte da aristocracia brasileira entrincheirou-se na União Democrática Nacional em defesa da ética, usando o discurso anticorrupção para golpear Vargas, que fazia reformas com avanços importantes no mundo do trabalho e para proteção do trabalhador. Na primeira metade dos anos 1960, Jânio Quadros se elegeu Presidente da República utilizando como símbolo de campanha uma vassoura, com a qual iria varrer a corrupção. Veio o Golpe de 1964 tendo como objetivo acabar com o comunismo, a inflação e a corrupção. Ao cabo e ao final, vimos em 1984 o fim de uma ditadura corrupta, com uma inflação galopante e com os comunistas retornando do exílio. No início dos anos 1980

o Partido dos Trabalhadores avocava para si a pureza da defesa da ética e do combate à corrupção, alimentando diariamente procuradores da República com denúncias contra seus adversários. Na retomada das eleições diretas em 1989, Collor tornou-se Presidente da República como Caçador de Marajás, apto para combater a corrupção. Em 2018, como efeito direto da cruzada anticorrupção da Lava Jato, Bolsonaro se elege Presidente da República com o compromisso de acabar com a corrupção. Nesse contexto Moro é só uma simbiose patética da UDN, Jânio Quadros, do Golpe de 1964, do PT dos anos 1980 e 1990 e do Caçador de Marajá.

A narrativa anticorrupção, que vez por outra tem como coadjuvante o anticomunismo, está no DNA da República brasileira e, de tempos em tempos, adquire força para elevar a febre da sociedade e render bons dividendos eleitorais para, posteriormente, redundar em fracasso certo.

Não parecia tão óbvio que a Operação Lava Jato, na sua cruzada anticorrupção, não produziria também esse efeito e resultado?

Combate à corrupção não é projeto de país e todos que abraçam essa bandeira acreditando que é, fracassam.

Na experiência que vivemos a partir da Lava Jato a narrativa anticorrupção e o *lawfare* formaram um par perfeito porque seus protagonistas não tiveram o cuidado de dar uma rápida mirada na história do Brasil.

Um elemento que merece registro nas cruzadas anticorrupção da história brasileira é a disposição da chamada grande mídia de sempre estar presente, servindo aos algezes da democracia.

No caso da Lava Jato, o que pode explicar o fato de a Rede Globo não ter noticiado as visitas que fizeram a Lula, no cativeiro em Curitiba, figuras como Noan Chonsky, Martin Schulz, Maximo D´Lema, Jean-Luc Mélenchon, Alberto Fernandez, José Mujica, Eduardo Duhalde, Cuauhtémoc Cárdenas, Roberto Gualtieri, Boaventura Souza Santos, Kailash Satyarthi. Adolfo Peres Esquivel, Juan Carlos Monedero, Domenico De Masi, Dany Glover?

Se não há mais inquisição, nem há Guerra Fria para justificar golpes militares e ditaduras no Sul, há agora o fluxo do capital financeiro e seus interesses geopolíticos, atuando sobre a democracia para que deixe passar, operando o livre trânsito desses interesses na lógica imposta pela globalização. O sonho de um mundo plural, conectado culturalmente, irmanado no combate à fome e na preservação da natureza, na realidade, converteu-se no livre trânsito dos capitais com o objetivo só, e tão só, de acumular mais lucro. Desde a transferências das plantas das indústrias poluentes do Norte para o Sul em busca de não

de obra mais barata e todas as facilidades daí decorrentes, até a impunidade na poluição da natureza.

Nos novos tempos os métodos para impor a violência, a que se refere Boaventura, e os retrocessos democráticos já não podem contar com o uso da violência dos golpes militares, que ofendem escandalosamente os tratados e instituições internacionais encarregados de zelar pelos Direitos Humanos no planeta. Tais métodos foram substituídos por uma violência que impõe a captura e o uso das instituições de Estado, como o parlamento, o sistema de justiça e a mídia.

Se no Norte há um silêncio vergonhoso e constrangedor em relação a Guantánamo, um sistema paraestatal de “justiça”, no Sul não há qualquer constrangimento no uso de um juízo especial, prevento para processar e julgar os inimigos da ordem, a serviço dos interesses geopolíticos do capital, composto por magistrados, acusadores e investigadores ideologicamente alinhados a ela.

O Norte se debate com a insuperável contradição de denunciar as violações dos inimigos e esconder as violações dos amigos. Realidade que está impondo a tarefa de definir qual concepção de direitos humanos pode oferecer um círculo de reciprocidade mais amplo para a prática do multiculturalismo⁵.

Nesse contexto, é forçoso constatar que são as lutas que mostraram, e seguem mostrando ao Sul, que a melhor ferramenta contra as seduções do autoritarismo é a democracia. A partir daí será possível produzir a boa percepção de que se trata mesmo de um processo, uma obra inacabada, cuja concretização e manutenção pede esforço permanente. Quem se aferra à democracia como um valor fundamental no Sul não deve jamais perder de vista os perigos que a cercam, pois os retrocessos são frustrantes, dolorosos e impõe sacrifício redobrado para recompor o que se perdeu e deixou de ser concretizado.

Se no Norte a confiança na democracia é tão firme que é “quase impossível de abalar”, no Sul é necessário revisitar, quase que permanentemente, as experiências do passado autoritário do mundo, que são muitas. Dentre elas as da década de 1930, que antecedeu a Segunda Guerra.

Atento às mudanças que a democracia vinha experimentando o General Charles Dunlap Jr foi feliz ao usar um novo envelope para práticas já conhecidas da história ao designá-las de *lawfare*. Tais práticas, que começaram a ser sistematizadas nos processos da Inquisição com o requinte que caracterizava as ações dos intelectuais da Igreja, ultrapassaram o tempo para afirmar na experiência da prisão de Guantánamo, que nada se perde, tudo

⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277.

se transforma e se aproveita: perseguição que transforma o outro em inimigo da ordem, em bárbaro; despersonaliza, desumaniza, demoniza; cria o crime, acusa, dispensa as provas que absolvem e usa só os indícios que apontam para uma suposta culpa; julga e manda ao ostracismo na prisão ou à morte. Tudo isso usando a institucionalidade estabelecida e a mídia. Revisitar a história, portanto, é sempre um exercício necessário e pedagógico.

Um exemplo emblemático vem dos anos 1930 através do filme *Sessão Especial de Justiça*, com roteiro adaptado por Jorge Semprun, que mostra a conversa entre o Embaixador do Governo de Vichy, na França ocupada, ao lado do seu subordinado, Legrand, com um oficial alemão. O filme retrata como os retrocessos democráticos são dramáticos e como os métodos do autoritarismo se renovam e se reinventam.

A conversa tem início com o Embaixador francês fazendo um anúncio ao oficial alemão:

Embaixador: “Após a reunião do Conselho de Ministros de Vichy e nossas conversas de hoje, o governo tomou graves decisões. O senhor Legrand lera a nota que lhe enviaremos.”

Legrand: “Atentado contra um oficial alemão. O governo francês acha que o atentado tem origem comunista e acha que seria injusto jogar em toda a população parisiense a responsabilidade de um ato praticado por terroristas. Assim, decidi tomar as seguintes medidas. Primeiro: a criação imediata da Corte Especial, assim que as autoridades de ocupação aprovarem o projeto entregue em 20 de agosto (...). Observe que este projeto de lei, que prevê pena de morte para atividades terroristas, é anterior ao atentado do metrô.”

Oficial alemão: “É verdade, senhor!”

Legrand: “Segundo: julgamento imediato nesse tribunal dos 6 principais chefes comunistas presos (...). O número 6 foi indicado por seus serviços de inteligência.”

Oficial alemão: “Certo, senhor Embaixador. Os dois jovens foram fuzilados por terem participado de passeata. A marinha de guerra, pela morte de um de seus membros, exige o sangue de seis franceses culpados de atos terroristas.”

Legrand: “A lei ainda não foi promulgada, portanto, não pode ser aplicada retroativamente. Temos que saber se os alemães não terão objeção a isso.”

Oficial alemão: “As leis são retroativas na França?”

Legrand: “Não, naturalmente. Mas podem ser! O governo pode decidir que uma lei seja retroativa por uma razão de Estado.”

Oficial alemão: “Obrigado, senhor Legrand! Entendo.”

Legrand: “Terceiro: Execução imediata da sentença...”

Oficial alemão: “Perdão! Senhor Embaixador, o que significa o ‘Terceiro: execução imediata da sentença’? Quer dizer que as sentenças serão fixadas antes?”

Embaixador: “Bem, serão dadas instruções particulares ao Tribunal.”

Oficial alemão: “Por quem?”

Embaixador: “Pelo Ministro da Justiça, é claro!”

Oficial alemão: “O Ministro da Justiça na França dá instruções aos tribunais?”

Legrand: “Não! Mas podemos decidir que o faça! Quarto ...”

Oficial alemão: “Vocês fuzilam os condenados?”

Legrand: “Não, são guilhotinados!”.

Embaixador: “Em praça pública.”

Oficial alemão: “Por que em praça pública?”

Embaixador: “As execuções servem de exemplo à população que assiste. Vou montar a guilhotina na praça de La Concorde. Na Revolução, guilhotinamos milhares, por muito menos! Esperemos que isso satisfaça o Comando Militar. Essas medidas evitarão execuções de reféns tirados da população. Tais execuções conciliam com a *détente*, que todos desejamos!”.

Oficial alemão: “*Détente?*”

Secretária: “*Entspannung!*”

Oficial alemão: “Senhor Embaixador, falarei como Comando Militar. Terei a resposta em pouco tempo”.

O famoso e sempre necessário *Section Speciale*, de Costa-Gavras, expõe as idas e vindas das democracias: da sedutora Constituição de Weimar ao Estado Nazista, institucionalmente organizado por uma nata de gente de alto aporte intelectual e acadêmico capaz de tomar, ocupar e submeter quase toda a Europa continental e impingir terror.

O concerto na escolha dos juízes, acusadores e defensores com a incumbência de atuar em um Tribunal especial que concretizasse o que já estava resolvido nos gabinetes dos donos do poder, com réus escolhidos por amostragem no arquivo de processos pendentes do Judiciário, não poderia ser produzido senão por uma elite intelectualmente qualificada, como era a nazista. Isso denuncia que o retrocesso requer método e os reacionários são sempre muito criativos. Sabem fazer conceber e fazer uso dos instrumentos eficazes para fazer prevalecer os seus interesses fisiológicos, políticos, econômicos, financeiros, ideológicos e geopolíticos: tribunais especiais, magistrados e acusadores levianos. Até advogados e, lógico, o uso da mídia, do antissemitismo e do anticomunismo.

Se é possível imaginar que Grécia, França, Itália, Alemanha, não retornarão à década de 1930, não se pode dizer o mesmo dos países da América Latina e do continente africano. Lugares em que a história é marcada por ausência de democracia e pela presença constante de regimes ditatoriais.

Noutro exemplo, bem antes do episódio da França ocupada, também nos anos 1930, o jornal *Correio da Manhã*, em outubro de 1937, com grande circulação no país e particularmente na cidade do Rio de Janeiro, então capital do Brasil, noticiou que os aparelhos de segurança apreenderam os documentos do famoso “Plano Cohen”, que sistematizava as supostas ações dos agentes do *Komintern* no território brasileiro.

O “Plano Cohen” era “flagrantemente falso. Fora escrito pelo então coronel Olímpio Mourão Filho, chefe do serviço secreto da Associação Integralista Brasileira. De acordo com o que admitiria mais tarde o próprio Mourão, o texto teria sido redigido por ele a pedido de Plínio Salgado, mas como um exercício teórico. Tratava-se de um boletim aos integrantes do movimento dos camisas-verdes, composto de dois capítulos. No primeiro, faziam-se recomendações gerais à militância integralista; no segundo, para efeito didático, mimetizava-se um plano de operações comunista, livremente baseado num artigo da publicação francesa *Revue des Deux Mondes* a respeito do levante húngaro de 1919, comandado por Béla Kun. O primeiro capítulo foi suprimido do conhecimento público e o segundo tratado à época como documento autêntico. Na condição de novo chefe do EME, Góes Monteiro fez chegar cópias do falso plano a Getúlio, Dutra e Felinto Müller, como evidência de que os comunistas preparavam uma versão revista e ampliada da ‘intentiona’ de 1935”⁶. Um detalhe: Olímpio Mourão filho será o mesmo militar que, já General em 1964, dará início ao Golpe.

O documento provocou uma reunião do Comando Militar no dia 27 de setembro de 1937, cuja ata registrou a descoberta da existência de “documentos comunistas copiosos e precisos” e que era preciso adotar providências enérgicas “do Exército, das instituições democráticas, da sociedade e da família brasileira”⁷.

Assim, no dia seguinte, o Presidente Getúlio Vargas, cujo mandato estava findo e não havia mais possibilidade de nova candidatura no ano seguinte e tampouco havia sucessor à altura nas suas hostes, “recebeu no Palácio Guanabara a visita dos dois ministros militares, Eurico Gaspar Dutra e Aristides Guilhem. Ambos vinham lhe prestar solidariedade e comunicar que as Forças Armadas, em peso, diante da nova ameaça comunista, lhe recomendavam o estabelecimento do regime de exceção. Em uma exposição de motivos entregue ao presidente e posteriormente transmitida em cadeia nacional de rádio, justificavam: ‘A nação já conhece o plano de ação comunista desvendado pelo Estado-Maior do Exército. É um documento cuidadosamente arquitetado, cujo desenvolvimento metucioso vem da preparação psicológica das massas, ao desencadear o terrorismo sem peias’ (...).

⁶ NETO, Lira. Getúlio 1930-1945, *Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 304-311.

⁷ Idem.

No apontamento suscito que deixou sobre a conversa, Getúlio Vargas registrou: ‘Recebi os ministros militares, que vieram falar sobre a necessidade de restabelecer o estado de guerra. Concordei’ (...). Em 30 de setembro, trechos selecionados do Plano Cohen foram divulgados pelo programa de rádio Hora do Brasil – instituído em 1935 pelo Departamento de Propaganda e Difusão Cultural, comandado por Lourival Fontes – e em seguida reproduzidos nos principais jornais do Rio de Janeiro. O país ficou escandalizado. Diante do estado de comoção pública, o Congresso aprovou a volta do estado de guerra por larga margem de votos. Na Câmara, 138 deputados votaram a favor; 52, contra. No Senado, foram 21 favoráveis e apenas três contrários. ‘À noite, o ministro da Justiça trouxe-me o decreto para assinar’⁸, comentou Getúlio.”

A frágil institucionalidade acabava de ser vítima de violento golpe militar numa das primeiras grandes fraudes da história da República brasileira, sendo que o episódio é capaz de demonstrar o quanto a confiança na democracia não deve ser tão firme.

A fraude do “Plano Cohen”, sem dúvida, foi uma incrível “farsa, que o Exército divulgou, atribuída aos comunistas, como se houvesse uma retomada da ofensiva dos ‘vermelhos’. Recriou-se uma atmosfera de ‘caça às bruxas’, levando, em novembro, ao golpe do Estado Novo, que mergulhou o país numa longa ditadura, a qual durou até o fim da Segunda Guerra Mundial, em 45 (...) Milhares de pessoas foram presas”⁹.

Na fraude do “Plano Cohen” Luís Carlos Prestes já estava no cárcere e experimentava toda sorte de violações. O fato fez com que seu advogado Sobral Pinto, em 1936, invocasse, em benefício de Prestes, o artigo 14 da Lei de Proteção aos Animais. De todas as violações que sofreu a maior delas está retratada no bilhete que lhe foi endereçado por sua companheira Olga, presa junto com ele no episódio da “Intentona Comunista”, rótulo pejorativo que se deu à ação de militares que, com apoio do Partido Comunista, se insurgia contra o autoritarismo do governo Vargas. Como registra Aarão Reis, em 37 de outubro de 1936, já a bordo do navio *La Corunã*, que a levaria para ser entregue aos nazistas, Olga escreve:

Escrevo esta carta algumas horas antes de Hamburgo (...) a polícia brasileira me obrigou a subir num navio alemão, sem roupa, quase sem dinheiro, para ser entregue à polícia alemã. Apenas alguns dias me separam do nascimento do nosso filho. Não preciso falar o que sinto. Minha grande preocupação é a vida de nosso filho. Carlos, eu te prometo resistir enquanto tiver forças e me mostrar digna de ti e da nossa causa. Querido, faltam-me palavras para dizer mais. Você sabe que eu estarei

⁸ Idem.

⁹ REIS, Daniel Aarão. *LUÍS CARLOS PRESTES Um revolucionário entre dois mundos*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 200-201 a 208.

com meus pensamentos e meu coração com você, e, apesar de tudo, esperarei o momento de estar novamente com você. Receba meus beijos mais doces. Até logo, querido! Tua... Olga.

O fim de Olga é bastante conhecido e, segundo Aarão, o seu processo caminhou à toque de caixa e, para tanto, foram valiosos os préstimos de Affonso Henrique de Miranda Correa, delegado especial de Segurança Política e Social, do médico Orlando Carmo, que a liberou para ser extraditada atestando que nada a impedia de viajar, dos promotores que a acusaram, dos juizes, dos tribunais e da decisão final de negativa de habeas no STF. A decisão contou com os apoios luxuosos de Clóvis Bevilacqua, na época Consultor jurídico, quase aposentado, do Itamaraty, do Ministro da Justiça Vicente Rao, do chefe de polícia Felinto Müller, e do silêncio da mídia. Só gente de bom padrão intelectual e disposta a prestar os melhores serviços à ordem.

Prestes ficou preso de 30 de março de 1936 até 19 de abril de 1945, quando o fim do nazifascismo na Europa já não sustentava mais as condenações que lhe foram impostas por aquele sistema de justiça, que processou, julgou e condenou centenas de pessoas por crimes contra a “pátria”: tribunal especial, um magistrado, acusadores dispostos a servir ao novo tempo, a mídia, que naturalizou a brutalidade, e o uso do anticomunismo.

A ditadura Vargas acabou, mas não se pode dizer que o Brasil mergulhou numa democracia na qual se pudesse ter confiança firme. Passada a eleição gerais de 1945, já no calor da Guerra Fria, todos os parlamentares eleitos pelo, ainda nomeado, Partido Comunista do Brasil (PCB), perderam seus mandatos em todas as casas legislativas. O Tribunal Superior Eleitoral colocou o partido na proscricção, em 7 de maio de 1947, por meio da Resolução n. 1841, resultado de um simulacro de julgamento na Corte eleitoral. Estava claro que o autoritarismo impregnava as instituições e o incipiente processo democrático não merecia uma confiança tão firme a ponto de ser “quase impossível de abalar”.

Getúlio Vargas, uma das personalidades mais notáveis da história da República, também acabou sendo vítima de algo muito similar ao *lawfare*. O “Inquérito Policial Militar conduzido na Aeronáutica, referente ao atentado da Rua Toneleros, ocorrido em 5 de Agosto de 1954, no qual morreu o Major Aviador Rubens Florentino Vaz e ficou ferido o jornalista Carlos Lacerda. O episódio revelou ainda a crise política do final do segundo Governo Vargas; o Inquérito n. 71, autuado no Superior Tribunal Militar, relacionado ao General Ângelo Mendes de Moraes, por suposta participação como mandante do crime; e as atuações do Ministério Público Militar no acompanhamento do IPM e da Procuradoria-Geral da Justiça

Militar no STM. Por fim, expõe o andamento do Inquérito consagrado como “República do Galeão”, ou IPM do Galeão”¹⁰.

A “República do Galeão”, que, como vimos, veio a inspirar o rótulo da “República de Curitiba”, instalou-se a partir de denúncias de uma suposta operação no Banco do Brasil envolvendo o irmão do Presidente Vargas e o chefe da sua segurança, desencadeou-se uma campanha violenta dos meios de comunicação que queriam a queda de Vargas e uma corrida da classe política aos quartéis para conclamar os militares a darem o golpe. O citado Inquérito foi o instrumento para a cena de sensacionalismo que levou à inevitabilidade da intervenção militar que só foi bloqueada pelo ato extremo do Presidente, cujo suicídio levou a população às ruas e ao recuo dos golpistas. Com o seu ato, Vargas adiou em quase 10 anos a subida ao poder dos ideólogos da Doutrina de Segurança Nacional.

Mais tarde a democracia voltou a ser desfeita no Brasil, precisamente em 31 de março de 1964, “Às quatro da tarde, Jango pediu que JK comparecesse ao Laranjeiras. Juscelino abriu o jogo: ‘Você me chamou e eu não sei para quê. Mas eu sei o que faria na sua situação. Você tem que fazer dois manifestos. Um tranquilizando a nação em relação ao problema do comunismo. O outro, às Forças Armadas em que você avoca para si o problema da Marinha e resolve tudo no respeito aos regulamentos e à hierarquia’. Jango relutou: ‘Eu não posso fazer isso. Se fizer isso dou uma demonstração de medo, e um homem que tem medo não pode governar o país’. JK cortou: ‘Não é mostrar medo. Eu tive sempre um lema: não tenho compromisso com o erro. Se errei tenho que voltar atrás. Porque se você erra, todo o rebanho vai para o caminho errado’ (...) Às 14:45h do dia primeiro, João Goulart chegou à base aérea do Santos Dumont, acompanhado do secretário Raul Ryff. Embarcou para Brasília com pastas e volumes. Às 20h30 rumou para Porto Alegre. Apesar dos pedidos de Leonel Brizola e do general Ladário Telles, Jango preferiu evitar o derramamento de sangue e refugiou-se no Uruguai”¹¹.

O Presidente da Câmara dos Deputados Ranieri Mazzilli declarou vaga a Presidência da República e assumiu a função. Novamente restou provado que a confiança na democracia não poderia ser tão firme que fosse “quase impossível de abalar”. O fim da democracia foi anunciado em cadeia nacional de rádio pelo Comando Militar:

Ficam suspensas por seis meses as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados. (...) No interesse da paz e da boa honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição,

¹⁰ QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima. IPM República do Galeão: uma abordagem histórica e jurídica. *Revista do Ministério Público Militar*, edição 24.

¹¹ BOJUNGA, Claudio. *JK O artista do impossível*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 608-609.

os comandantes-em-chefe que editam o presente Ato poderão suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

O famoso Ato Institucional número 1 expôs novamente o uso da fraude do anticomunismo para a democracia¹² e a mídia fez coro na narrativa que transformava o golpe militar em revolução:

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País.

Bojunga anotou que o embaixador americano Lincoln Gordon declarou que o movimento triunfante era tão importante para o Ocidente como o Plano Marshall ou a derrota dos comunistas na Coreia.

Os seis meses, a que se referiu o AI 1, duraram 25 anos de ditadura militar e o Brasil não viu um Plano Marshall, não se tornou uma Coreia capitalista e tampouco uma Alemanha Ocidental. Seguiu o destino dos demais países da América Latina e do continente Africano, exemplos deprimentes de ditaduras militares, subdesenvolvimento, exílios, sequestros políticos, torturas e assassinados dos opositores.

O Presidente Juscelino Kubistchek passou um longo período submetido a interrogatórios em inquéritos policiais militares nos quais criaram acusações de supostos envolvimento em atos de corrupção, em nova edição das práticas que marcaram as ações da “República do Galeão”.

NO NORTE O BEM ESTAR, NO SUL AS DITADURAS

As coisas se passaram assim porque no Sul o remédio do capitalismo no pós-guerra foram golpes militares e ditaduras, no Norte a solução foi o Bem Estar. Isso porque a Europa ocidental estava ameaçada diretamente pelo perigo do Leste e o capitalismo se viu confrontado com a necessidade de construir um modelo econômico capaz de dar res-

¹² SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. No fio da navalha: ditadura, oposição e resistência. *In: Brasil: uma biografia*. São Paulo: Cia. das Letras, 2015, p. 437-466.

postas às demandas sociais, para impedir o crescimento do comunismo soviético. Havia também a necessidade de se produzir regimes constitucionais que fossem suficientemente fortes para evitar que se repetissem as brutais violações de direitos a que o mundo assistiu.

Assim, nas décadas que se sucederam as sociedades europeias estabeleceram como objetivo a construção de um modelo econômico cujo objetivo era a inclusão, por meio da concessão de direitos sociais e distribuição de renda, na esteira do que preconizavam os seguidores de Keynes¹³. Surgiu o Estado do Bem-Estar Social, responsável por um longo período virtuoso na Europa, marcado pelo atendimento das demandas sociais, cujo resultado foi um triunfo absoluto sobre o comunismo soviético. Surgiram então as constituições que positivaram os direitos humanos em princípios com eficácia normativa. Os direitos humanos assumiram um protagonismo nunca antes visto, passando a orientar o programa¹⁴ e o discurso constitucional das democracias ocidentais do Norte. A partir da Segunda Guerra emerge um constitucionalismo¹⁵ que ofereceu luzes para que aquelas democracias subissem mais um degrau no âmbito normativo e pudessem dar os passos decisivos para ingressar no século XXI com modelos de constituições capazes de assegurar os direitos humanos e fundamentais¹⁶.

De fato, o novo empreendimento das democracias europeias passou a ser a construção do Estado Social, espaço de positivação de direitos fundamentais com eficácia normativa, cuja proteção demandou a implementação de mecanismos institucionais permanentes, nacionais e internacionais, de proteção dos direitos humanos.

¹³ As ideias do economista inglês John Maynard Keynes eram baseadas numa teoria econômica que defendia uma forte ação do estado na economia com o objetivo de atingir os avanços sociais, mas sem o mesmo processo de estatização que era a característica dos regimes comunistas de então. Essa intervenção do Estado deveria ocorrer especialmente em setores onde a iniciativa privada não tinha interesses ou competência para dar conta das demandas. As ideias keinesianas divergiam do velho liberalismo econômico ao propor o protecionismo econômico como ferramenta importante, a partir do conceito de que o Estado deve assumir um papel de protagonismo em momentos de crise, estimulando o equilíbrio entre demanda e oferta, através de uma política fiscal de forte controle do crescimento e da inflação.

¹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 101-135.

¹⁵ Não é o objetivo aqui expor as razões que levam alguns dos estudiosos do tema a utilizar neoconstitucionalismo e outros constitucionalismo ou constitucionalismos, nem as diferenças que estabelecem para distingui-los. Aqui a referência só será feita para designar o novo modelo de constituição que emergiu no pós-guerra eventualmente para consignar a existência do debate a esse respeito na doutrina, utilizando a expressão neoconstitucionalismo.

¹⁶ Na doutrina há estudos de grande importância estipulando as diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais, nem sempre bem compreendidas por muitos operadores do direito, cuja exposição demandaria uma abordagem extensa que não seria pertinente ao objetivo aqui perseguido, razão pela qual se faz referência apenas à sua existência.

Com o Estado do Bem Estar a Europa quase completou meio século de um processo virtuoso de concessão de direitos e justiça social, tornando-se destino de um importante fenômeno de imigração, por meio do qual milhões de pessoas dos países periféricos¹⁷ passaram a buscar uma vida melhor no hemisfério Norte, contexto no qual os direitos humanos se colocaram como instrumento de luta de grande valia.

Não se pode deixar de anotar que os avanços democráticos do Norte e a consolidação da democracia produziram simbologia e pressões capazes de também empurrar os direitos humanos para o Sul, contribuindo para crescimento e o fortalecimento da luta contra as ditaduras que, uma a uma, até os anos 1990, deixaram de existir na América Latina.

No entanto, o fim da União Soviética, simbolicamente representado pela queda do Muro de Berlim, foi o início da alteração da realidade do Estado Social no Norte e tornou obsoletos os velhos métodos de combate ao comunismo no mundo todo.

Os métodos do Macartismo foram uma evolução em relação aos da inquisição, aos do *Section Speciale* e Guantánamo é uma soma de todas eles. O *lawfare* é mais nova versão do arbítrio com maior sofisticação para operar a velha perseguição ao inimigo da ordem instalada, utilizando o parlamento, o sistema de Justiça e a mídia.

No Sul, essa nova realidade mundial que se desenhou a partir dos anos 1980, se deparou com as lutas por democracia na América Latina produzindo conquistas importantes e trazendo regimes capazes de assegurar o surgimento de uma nova ordem constitucional que, em boa medida, carrega consigo a pretensão política de tornar efetivos os direitos fundamentais, impedir o ressurgimento de golpes e ditaduras militares, preservar o meio ambiente e produzir inclusão social, ou seja, uma a versão do Bem Estar dentro das possibilidade e limitações do Sul.

Floresceram tentativas de democracias na região, eleições diretas, novas constituições e o continente passou a experimentar um novo tempo: períodos duradouros de democracia, mas, ainda assim, nenhuma em que a confiança fosse tão firme que fosse “quase impossível de abalar”.

Se não foram capazes de trazer o Estado do Bem-Estar para a América Latina, essas lutas democráticas e os regimes que produziram, foram capazes de, em boa medida, assegurar o surgimento de uma nova ordem constitucional que carrega consigo a pretensão política de tornar efetivos os direitos fundamentais, impedir o ressurgimento de golpes e ditaduras militares, preservar o meio ambiente e produzir inclusão social.

No Brasil, os governos democráticos de Itamar Franco e FHC lograram produzir o fim da inflação patológica, que destruía os salários e empobrecia o trabalhador, e o governo

¹⁷ Subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Lula deu início a um processo notável de ganhos salariais para as massas trabalhadoras, de inclusão social com renda mínima para os brasileiros que estavam na informalidade e no mapa da fome, além de notáveis programas de moradia, acesso à universidade, saúde e preservação do meio ambiente.

Na mesma toada, o Brasil passou a ser agente na geopolítica mundial com a abertura de outros mercados para as exportações do país e com ativa participação na constituição dos BRICS, ao mesmo tempo em que estabeleceu uma postura soberana na exploração do pré-sal. Essas iniciativas fizeram o Brasil fugir do figurino de país subalterno aos interesses norte-americanos na região, deram à sociedade a experiência de uma democracia acompanhada de ganhos capazes de serem percebidos no dia a dia do povo e tornaram a tarefa de retirar direitos, que é o que se pretende nesta nova fase neoliberal do capitalismo, mais difícil.

Se antes o Estado Social via o comunismo soviético como inimigo, o chamado neoliberalismo, emergente nas últimas décadas do século XX, vê como inimigo o próprio Estado Social.

A onda de supressão de direitos decorrentes da aplicação em larga escala dos rigorosos programas de austeridade, a que se recorre com frequência para combater as crises econômica no Norte, especialmente nessa nova versão do capitalismo¹⁸, também chega ao Sul. Mas ao chegar no Brasil se deparou com uma gente que festejava o processo de concretização dos direitos positivados no texto constitucional, com uma democracia dotada de alguma energia e com amplos setores da sociedade dispostos a brigar pela manutenção e pelas conquistas de direitos.

No início do século XXI, portanto, há a justa preocupação quanto a manter a nossa cultura constitucional suficientemente forte. Conquistada no século XX, essa cultura constitucional que concretizou direitos sociais e que positivou direitos fundamentais em cláusulas com eficácia normativa não pode sucumbir no confronto com os novos desafios autoritários que estão pela frente. Como diz Runciman, também não retornaremos aos anos de 1930.

NEOLIBERALISMO E A DEMOCRACIA NO SUL

É certo que o neoliberalismo econômico transforma a praça pública em praça de consumo, despolitiza a juventude e desmoraliza a política institucional com o discurso economicista¹⁹. Naturaliza a tragédia humana e a degradação ambiental, nega e faz desa-

¹⁸ GALLARDO, Helio. *Teoria crítica. Matriz e possibilidade de direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2014.

¹⁹ SOUZA, Jessé. *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

parecer os conflitos sociais que historicamente atuam como elementos de impulso para as transformações e que foram responsáveis para conquistar a democracia.

Embora já estivesse na mente de muitos ideólogos do capitalismo desde o início do século XX, o neoliberalismo só vê oportunidade de transitar pelas economias europeias a partir do final dos anos 1960 e início dos anos 1970, quando o comunismo já não era mais um inimigo relevante e o ciclo de prosperidade do capitalismo, o chamado Bem-Estar Social, já apresentava sinais de desgaste, que foi acentuado, por exemplo, pela crise do petróleo de 1973.

Seu fundamental objetivo é suprimir os direitos, desregular a economia e eliminar as possibilidades de atuação direta do Estado no domínio econômico. Acabar com as ferramentas keynesianas que foram de fundamental importância para a construção do Estado do Bem-Estar Social.

No neoliberalismo o mercado é o motor da história e deve ser livre de amarras, impulsionado pelo consumo e baseado unicamente na satisfação das necessidades individuais, sob o binômio individualismo e consumismo²⁰.

O neoliberalismo propõe menos Estado, menos regulação e uma economia baseada no consumo, um modelo “em que prevalecem as desregulações dos mercados, dos fluxos financeiros e da organização do trabalho, com a consequente erosão das funções sociais do Estado.

Se na fase de inclusão os direitos representavam barreiras contra os ‘desastres’ que eram produzidos pelo mercado (efeitos não intencionais de ações intencionais), na fase de exclusão é o mercado quem deve ditar as normas que permitem que sejam superadas, principalmente pelas grandes corporações transnacionais, as ‘externalidades’ e os obstáculos que os direitos e instituições democráticas opõem ao desdobramento global e total do mercado capitalista²¹.

Trata-se de “extensão global de uma ‘geopolítica de acumulação capitalista apoiada na exclusão’, que recebeu o nome de neoliberalismo”²².

Esse processo se sustenta na mercantilização do mundo (tudo é convertido em mercadoria), na precarização das relações de trabalho e na desconexão do indivíduo, gerando medo, insegurança, incerteza, que passam a alimentar o intenso processo de consumo, do qual passam a depender as economias capitalistas desenvolvidas.

²⁰ MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Política para tempos de confusión*. Caracas: PRENSA CIM, 2012.

²¹ FLORES, 2009, p. 151-170.

²² FLORES, 2009, p. 151-170.

Trata-se da lógica em que a economia de mercado produz uma sociedade de mercado, em que a oferta de bens privados gera comportamentos privados. Dentro dessa lógica, as mortes de inocentes por fome constituem apenas erro em previsões econômicas e danos colaterais do fracasso econômico. Portanto, é necessária a fragilização dessa lógica para que a oferta dos bens públicos gere comportamentos públicos e para que a cooperação seja mais exitosa do que a competição.

O cenário do final do século XX é de

ascensão do neoliberalismo com uma geopolítica de acumulação capitalista baseada na exclusão, produtora de miséria e desigualdade no sul do mundo, e que resultou num sentimento de raiva e cólera nas relações norte-sul de um lado e de outro a adoção de providências de fechamento das fronteiras para impedir a invasão dos imigrantes do Sul em direção ao norte, o que demonstra que o debate sobre multiculturalismo vai “em direção de olhar com desconfiança o diferente que vem do sul.”²³

A resistência ao neoliberalismo virá sempre da compreensão de que o homem é coletivo e a prova mais eloquente disso é que a própria história demonstra que uma sociedade que coopera é, como regra, mais exitosa que a competição no socorro às crises e aos dramas sociais mais graves.

Nessa toada, a sociedade deve ser marcada pela tensão permanente entre o individual e o coletivo, razão pela qual a solução está na equação da transformação da dor em conhecimento através da seguinte equação: dor - saber - querer - poder - fazer²⁴.

Neste cenário, a ordem social, que nas democracias deve estar sempre sujeita ao questionamento, pois a sociedade é sempre mais viva que seus reflexos legais e o poder não se esgota no espaço do Estado, é submetida a um processo de esclerose institucional, tal como anotam Jessé Souza²⁵, Boaventura²⁶ e O’Connor²⁷.

Nesse contexto, a concretização das conquistas consignadas nas constituições torna-se um problema de especial relevância em face da ameaça advinda dos processos de austeridade²⁸, que marcam as soluções empregadas nos momentos de crise econômica do neoliberalismo.

²³ FLORES, loc. cit.

²⁴ MONEDERO, 2012.

²⁵ SOUZA, loc. cit.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

²⁷ O’CONNOR, James. *A crise do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

²⁸ BLYTH, Mark. *Austeridade. A história de uma ideia perigosa*. Lisboa: QUETZAL, 2013.

Junte-se a isso a ideia de que se a democracia não dá conta das demandas sociais, não é capaz de garantir as conquistas sociais. Desse modo, também não será capaz de fazer com que as massas confiem nelas.

No caso brasileiro, a tarefa permanente é a busca pela concretização dos direitos que estão no texto constitucional e todo relaxamento nessa caminhada dará espaço para os retrocessos, como estamos assistindo como resultado dos governos Temer e Bolsonaro.

Para essa compreensão é preciso não perder de vista que a mitigação e a supressão de direitos são as reais e grandes ameaças dos direitos fundamentais no início do século XXI e fatores de grandes preocupações para quem abraça a democracia como valor fundamental.

Não há espaço para verdades absolutas, inquestionáveis e universais, ou seja, o espaço do “nós pensamos” deve tomar o lugar do autoritário “penso, logo existo” para que a ciência deixe de ser o lugar do solitário investigador para se tornar o universo do diálogo²⁹.

O LAWFARE E A ESPERANÇA

A abertura da Caixa de Pandora brasileira produziu um desastre que se iniciou quando o PSDB não aceitou o resultado da eleição presidencial de 2014: acentuou-se uma oposição sistemática ao governo Dilma Roussef, foi eleito um Presidente da Câmara dos Deputados que passou a obstaculizar as medidas do novo governo tendentes a combater a crise fiscal e, por fim, chegou-se ao *impeachment* da Presidenta.

O governo golpista do Vice-Presidente, Michel Temer, colocou em curso um programa marcado pela mais dura austeridade neoliberal, que negou por completo o programa de governo para o qual fora eleito com Dilma Rousseff em 2014. Consumou-se um o violento golpe contra a vontade expressa nas urnas naquela eleição, o que resultou em um governo impopular.

A operação Lava-Jato se politizou para produzir o completo desarranjo da política e serviu de plataforma ao discurso da antipolítica, verbalizado nos jornais diários da Rede Globo, desde sua fundação, acentuado a partir dos anos 2003, quando o Partido dos Trabalhadores começou a governar o país.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Para além do pensamento abissal. Das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: MENESES, Maria Paula. (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-57.

A Lava-Jato operou a prisão de Lula para impedi-lo de participar das eleições de 2018 e só não foi plenamente exitosa porque o Lula, o Partido dos Trabalhadores e os movimentos sociais que lhe foram solidários, foram capazes de denunciar a violência do *lawfare* contra o ex-Presidente, a traição de Temer à vontade do povo expressa em 2014, e também de levar Fernando Haddad, o candidato do partido que sucedeu Lula, ao segundo turno das eleições presidenciais para ter mais de 47 milhões de votos, contra os cerca de 57 milhões de Bolsonaro.

Quem acreditou que o PT seria substituído por uma solução liberal democrática para dar curso, foi atropelado pela eleição de Jair Bolsonaro, com quem Moro negociava a participação no ministério quando ainda oficiava nos processos de Lula, e o resultado dispensa comentários.

Antes disso, porém, já se sabia que há muito Moro pregava a necessidade “de se usar a mesma estratégia *mani pulite* (...) tem proferido palestras sobre a necessidade de se usar a mesma estratégia no Brasil: promotores devem trabalhar junto com a imprensa para ‘deslegitimar’ políticos suspeitos e ‘juízes de ataque’ devem apoiar a estratégia, prendendo-os até a obtenção de confissão e da ‘delação premiada’, que consiste no fornecimento dos nomes de seus cúmplices em troca de sentenças mais brandas. A população deve ser incitada a se manifestar em apoio aos promotores – Moro fala com claro deleite sobre como multidões jogaram pedras na pessoa e na casa do primeiro-ministro italiano, Bettino Craxi, como resultado da cumplicidade entre os promotores e a imprensa. Sua teoria é de que, mesmo se o processo falhar, essa estratégia irá puni-los pelos supostos crimes, pois serão demonizados e cairão no ostracismo”³⁰.

O olhar retrospectivo dos métodos utilizados nos tribunais e juízes de exceção leva, inevitavelmente, à constatação de que o figurino supostamente novo da Lava Jato tinha o fedor da naftalina que as roupas velhas exalam quando saem do armário para a nova temporada.

Impedir que Lula concorresse em 2018 só foi possível com o uso dos operados pela Lava-Jato contra ele, mas os 47 milhões de votos de Fernando Haddad foram a esperança que restou pós a abertura da Caixa de Pandora.

Desautorizaram a partidarização da operação, condenaram o desarranjo irresponsável das empresas brasileiras que levaram milhares e milhares de trabalhadores ao desemprego e a um abalo duro no PIB do país.

³⁰ ROBERTSON, Geoffrey. *O caso Lula*. São Paulo: Editorial Astrea, 2017, p. 20.

Os danos provocados pela Lava Jato ao PIB brasileiro se somaram ao desastre econômico do governo golpista que sucedeu Dilma e do fracasso retumbante do governo Bolsonaro.

A Lava Jato se politizou, se partidariizou, se juiz acabou ministro de um governo autoritário e sem rumo, foi demitido, e acabou derrotada na arena política.

Não restou outra alternativa senão ao sistema de justiça brasileiro promover a reparação nas condena es de Lula, concretizada no reconhecimento da incompetência e da suspei o do juiz Moro para process -lo e julgá-lo.

Para Nelson Rodrigues, por tr s de um moralista sempre há um mau caráter e a nova febre de moralismo na qual o Brasil foi recentemente atirado apenas corrobora o que o mestre dizia.

No que interessa aqui, numa síntese, o *Lawfare*   um dos conceitos de fronteira da ciência jurídica contemporânea que vai mais além do que uma simples contra o etimológica entre *law* e *warfare*.

O conceito exsurge das reflexões sobre as interpreta es e as práticas jurídicas a partir da lógica de combate ao inimigo. O fen meno tem se destacado, inclusive, como um dos instrumentos t picos das chamadas “guerras não-convencionais” (DUNLAP, 2001; KORYBKO, 2018), que se proliferam no século XXI.

No debate brasileiro, o termo, por sua vez, ganhou maior notoriedade a partir das críticas aos processos e procedimentos no  mbito da chamada “Operac o Lava-Jato”, especialmente daqueles relacionados ao ex-Presidente Lula. Inicialmente desacreditadas como espécie de narrativa conspirat ria³¹, as evidências do *lawfare* foram, todavia, escancaradas com as revela es da VazaJato³² e da ‘Operac o *Spoofing*’³³, retirando quaisquer d vidas sobre a existência de várias práticas ilícitas e imorais de atores do sistema de justiça brasileiro articulados, inclusive, com órgãos internacionais, para ‘combater’ o ex-Presidente Lula (STRECK; CARVALHO, 2020; STRECK; PRONER; CARVALHO; SANTOS, 2021).

³¹ Digno de nota observar que   da essência das guerras indiretas (não-convencionais) que o verdadeiro polo do conflito não apareça (KORYBKO, 2018). Um dos expedientes consequentes a essa lógica, inclusive, consiste em desqualificar como “conspiratória” as denúncias que revelam a essência do procedimento.

³² Rótulo que se aplicou   publica o pelo Site Intercept das conversas mantidas entre as autoridades pelo aplicativo Telegram da Operac o Lava Jato, juízes, promotores e delegados, revelando rela es não republicanas entre elas nas a es que realizavam no  mbito desta.

³³ Operac o da Polícia Federal deflagrada em 23 de julho de 2019, cujo objeto   investigar a a o de hackers na invasão das contas do aplicativo Telegram de autoridades, juízes, promotores e delegados da Operac o Lava Jato e que revelou rela es não republicanas entre elas nas a es que realizavam no  mbito desta.

Exemplos de *lawfare* têm sido observados também em outros lugares da América Latina, contribuindo para promover golpes de Estado e interditar forças políticas não alinhadas aos interesses geopolíticos dos EUA (SANTOS; VILLARREAL; PITILLO, 2020)³⁴.

A esperança que restou da Caixa de Pandora aberta pelo PSDB – rompendo a confiança de que, apesar da derrota de 2014, poderia se recompor e vencer as eleições de 2018 contra uma eventual candidatura de Lula – floresceu a partir da solidariedade irrestrita de parte da sociedade brasileira a Lula, com a extraordinária votação de Haddad contra Bolsonaro em 2018, e na publicidade que os diálogos entre o juiz e a acusação ganharam ao expor o verdadeiro incesto que mantiveram no âmbito da chamada Operação Lava-Jato.

Dentre as muitas tarefas que as forças democráticas têm pela frente, é absolutamente imprescindível que se restaure a confiança nos agentes da política.

Um outro passo é a revisão do que o Mestre Juarez Cirino rotula de *meios e legislação beligerante*, que foi introduzida no Brasil, notadamente nos governos do Partido dos Trabalhadores, que, na prática, possibilitou à Operação Lava Jato, uma vez que “todos esses procedimentos invasivos de direitos, garantias e liberdades individuais e coletivas da humanidade civilizada representam, de modo eloquente, os efeitos de vertiginosa *policialização* da justiça penal brasileira, mediante aplicação sistemática de uma lei de combate aos novos inimigos internos – que, no caso específico da Operação Lava Jato, cancelou garantias jurídicas e políticas constitucionais, destruiu a economia nacional, quebrou centenas de empresas, lançou milhões de trabalhadores ao desemprego, no desespero e na fome e, de fato, criou as condições objetivas e subjetivas para uma convulsão social violenta e generalizada, no Brasil e na América Latina”³⁵.

Episódios de fraudes como se viu no Plano Cohen, na “República do Galeão”, que levou Getúlio ao Suicídio, na “República de Curitiba”, que produziu a prisão de Lula e viciou o processo eleitoral presidencial de 2018, e o debate que está em curso sobre o *lawfare* demonstram e renovam a lição de que a democracia é um processo contínuo e que o retrocesso está sempre à sua espreita, pronto para utilizar o antissemitismo, o ódio ao estrangeiro, o anticomunismo e a corrupção como instrumentos de perseguição ao inimigo e da destruição da institucionalidade, sobretudo sob a vigência de um sistema econômico que, para transitar, impõe o esgarçamento da democracia.

É sempre imprescindível todo o esforço para compreender como chegamos até a tais episódios, para que não se repitam.

³⁴ VASCONCELOS, Jonnas. *Lawfare no Banco dos Brics*. Cátedra Celso Furtado, UFRJ e Colégio Brasileiro de Altos Estudos: 2021, p. 2-3.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *O caso Lula*. Coordenadores: MARTINS, Cristiano Zanin, MARTINS, Valeska Teixeira Zanin, VALIM, Rafael. São Paulo: Editorial Astrea, 2017, p. 243-244.

REFERÊNCIAS

- BLYTH, Mark. *Austeridade. A história de uma ideia perigosa*. Lisboa: QUETZAL, 2013.
- BOJUNGA, Claudio. *JK O artista do impossível*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.
- FLORES, Joaquim Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux/IDHID, 2009.
- GALLARDO, Helio. *Teoria crítica. Matriz e possibilidade de direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2014.
- ROBERTSON, Geoffrey. *O caso Lula*. Coordenadores: MARTINS, Cristiano Zanin, MARTINS, Valeska Teixeira Zanin, VALIM, Rafael. São Paulo: Editorial Astrea, 2017.
- O'CONNOR, James. *A crise do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Política para tempos de confusión*. Caracas: PRENSA CIM, 2012.
- NETO, Lira. *Getúlio 1930-1945, Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima. IPM República do Galeão: uma abordagem histórica e jurídica. *Revista do Ministério Público Militar*, edição 24.
- REIS, Daniel Aarão. *LUÍS CARLOS PRESTES Um revolucionário entre dois mundos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- ROCHA, Luiz Carlos. Desafios do constitucionalismo no século XXI. *Fórum Administrativo*, n. 173. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2015.
- ROCHA, Luiz Carlos. Breves considerações sobre o princípio do constitucionalismo ao neo-constitucionalismo pós-positivista. *Fórum Administrativo*, n. 171. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2015.
- RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Para além do pensamento abissal. Das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: MENESES, Maria Paula. (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. *O caso Lula*. Coordenadores: MARTINS, Cristiano Zanin, MARTINS, Valéska Teixeira Zanin, VALIM, Rafael. São Paulo: Editorial Astrea, 2017.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. No fio da navalha: ditadura, oposição e resistência. *In: Brasil: uma biografia*. São Paulo: Cia das Letras, 2015.

SOUZA, Jessé. *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VASCONCELOS, Jonnas. *Lawfare no Banco dos Brics*. Cátedra Celso Furtado, UFRJ e Colégio Brasileiro de Altos Estudos, 2021.

O HACKER DA VAZAJATO E A TRAMA MACABRA

Luis Nassif¹

São curiosos os caprichos da história.

Monta-se a maior operação já vista contra um político, Lula. Junta-se Ministério Público, Polícia Federal, um eixo paranaense que abarca Curitiba, o Tribunal Regional Federal da 4a Região, o relator do Supremo Tribunal de Justiça e o relator do Supremo Tribunal Federal, tudo com o mais amplo respaldo da mídia.

Monta-se a maior operação de fakenews da história, com delatores sendo induzidos a falar o que os inquisidores exigiam, meras declarações sendo consideradas provas, amplamente vazadas para a mídia.

E lá no interior de São Paulo, um jovem estudante de direito, Walter Delgatti, especializado em hackear celulares, fica indignado com a falsa acusação de que foi alvo por um procurador da Justiça, confundindo os remédios que tomava, para problemas emocionais, com tráfico.

Graças à denúncia perdeu amigos e namorada. E, da namorada, ouviu a frases condenatória:

– Procurador não mente.

Aí ele começa a invadir celulares de celebridades e fica viciado em correr atrás de escândalos, o mesmo vício que acomete os fãs de séries de Netflix. Todo dia ele queria consultar o celular para encontrar crimes de terceiros. É com esse espírito que ele invade os celulares da Lava Jato, para saber, antes dos demais, dos crimes cometidos pelos investigados.

¹ Jornalista do Jornal GGN.

Ali, ele se depara com as armações dos procuradores e, imediatamente, enxerga na Lava Jato o promotor que o perseguiu e, em Lula, o alvo que ele foi.

Relembra as declarações da ex-namorada, ainda presa à mística dos procuradores e compara com as armações que, agora, conferia nos diálogos. Estava ali a prova definitiva, para apresentar à ex-namorada, de que há procuradores que mentem.

Lembra os melhores filmes de Hitchcock, nos quais as melhores tramas são desmontadas por um fato menor qualquer, que vai se desdobrando em outros, em uma comprovação cinematográfica da teoria do caos. O roteiro é melhor ainda que “Trama Macabra”:

- * se Delgatti não tivesse sido injustiçado por um procurador;
- * se não fosse especialista em hackeamento;
- * se não fosse aluno de direito e, portanto, em condições de entender o significado das conversas;
- * se não procurasse a deputada Manoela Dávila, conhecedora experiente dos meandros da Internet, que encaminhou o caso para as melhores mãos, o repórter que divulgou os arquivos de Assange e sabia como envolver a mídia, entregando a isca da qual a própria Lava Jato e valia: furos, nada disso teria acontecido.

Capítulo 42

ABUTRES E INGÊNUOS

Walfrido Warde¹

Rafael Valim²

Uma onda de autoimolação levou setores empresariais inteiros à destruição na esteira das descobertas da Operação Lava Jato. Em meio a revelações e confissões aterroradoras, o desejo de vingança embaçou a distinção entre empresário e empresa. A fim de se castigar os controladores e administradores criminosos, puniram-se também as empresas já depenadas pela corrupção e pelas fraudes.

Especuladores gananciosos – os abutres – aproveitaram-se da ignorância e boa fé dos ingênuos para pilhar companhias que foram vítimas dos malfeitos. Muitas empresas sucumbiram sem que se lembrassem que elas têm função social. Além de dar lucro aos seus acionistas, elas amparam os empregos e dão esteio à economia. Os abutres tiraram proveito da oportunidade.

Foi o caso emblemático da Petrobras. Principal alvo dos crimes revelados pela Lava Jato, a estatal foi submetida a uma situação absurda: teve de indenizar investidores da Bolsa de Nova York pelos prejuízos que ela mesma havia sofrido. Como esse tipo de reparação

¹ Bacharel em direito e em filosofia pela Universidade de São Paulo – USP. Master of Laws pela New York University School of Law. Doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da USP. Presidente do Instituto para a Reforma das Relações entre Estado e Empresa – IREE. Advogado.

² Doutor e mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP, onde lecionou de 2015 a 2018. Professor Visitante na University of Manchester (Inglaterra) e na Université Le Havre Normandie (França). Professor da Maestría Anticorrupción da Universidad Panamericana (México), da Maestría en Contratación Estatal da Universidad de La Sabana (Colômbia) e da Universidad de Comahue (Argentina). Diretor do Instituto para a Reforma das Relações entre Estado e Empresa - IREE. Advogado.

não estava previsto nas leis nacionais, foi preciso invocar legislação e regras americanas, cujas causas e finalidades são estranhas ao Direito brasileiro.

O transplante não tinha chance de sucesso. A cirurgia estava fadada a mutilar o paciente. Foi justamente o que aconteceu não só com a Petrobras, mas também com outras empresas brasileiras de capital aberto que se submeteram ao *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a lei americana anticorrupção. Como descreveu o jurista Joaquim Falcão no jornal “O Globo”, os Estados Unidos instituíram a FCPA como um “modelo de integridade tipo exportação”: só vale para os outros países.

O Brasil cedeu e importou em 2013 o padrão com as leis Anticorrupção (Lei 12.846/13) e de Organização Criminosa (Lei 12.850/13). Foi uma armadilha. Primeiro porque o Brasil não tinha – e ainda não tem – um regramento minimamente racional do lobby, do financiamento da política e das indispensáveis interações entre empresa e Estado.

A legislação eleitoral fazia um convite irrecusável ao caixa dois. As organizações empresariais foram conduzidas a uma armadilha. Por ganância dos seus administradores ou por falta de opção, financiaram a política por décadas – de forma oficial ou oficiosa. Repentinamente, esse modelo foi banido em 2015, quando o Supremo Tribunal Federal vedou as doações empresariais para as campanhas eleitorais. Logo depois, o caixa dois foi criminalizado pela Operação Lava Jato.

A Lei Anticorrupção imputou responsabilidade objetiva às empresas pelos danos causados por seus dirigentes ao Estado. O entendimento era de que a própria pessoa jurídica tinha se beneficiado dos delitos e, portanto, teria de ressarcir o prejudicado. Essa interpretação é correta quando o lesado é o Estado. Mas ela abriu uma brecha para que os acionistas exigissem que sua empresa ressarcisse os danos causados pelos administradores.

A maior vítima, mas não a única, foi a Petrobras. Esqueceu-se que se tratava de uma estatal que, como mostrou a Lava Jato, fora dilapidada por uma política de preços desastrosa, contratos superfaturados e operações ruinosas de internacionalização. Em todos esses casos, a vítima direta foi a própria petrolífera. Como se trata de uma empresa da administração indireta, a conta recaiu sobre o Erário.

Falar em ressarcimento em casos como esse é duplamente absurdo. Primeiro, porque beneficiaria um grupo de acionistas minoritários em detrimento do majoritário, que representa o Erário e, em última instância, o povo. Depois, porque a companhia saqueada por administradores inescrupulosos seria obrigada a reparar um dano que não causou.

Apesar disso, a Petrobras se dispôs a pagar US\$ 2,95 bilhões a investidores estrangeiros no início da tramitação de uma ação coletiva (*class action*) aberta em Nova

York. Com isso, açulou a ganância de quem entrevia a oportunidade de criar no Brasil uma indústria de indenizações semelhante a que existe nos Estados Unidos. Para isso, valeu misturar ira popular e ignorância sobre o direito nacional.

Entre os beneficiários do acordo feito pela Petrobras, estavam fundos abutres, que são especializados em adquirir na bacia das almas papéis de companhias em situação similar a que a estatal atravessava. Esses fundos não eram acionistas quando os fatos revelados pela Lava Jato ocorreram. Não perderam nada com a queda brutal dos preços dos títulos da Petrobras. Ainda assim arrancaram da vítima estatal uma indenização 50% maior do que os prejuízos que ela teve com as fraudes.

É difícil encontrar ilustração melhor para a perversidade do modelo americano. Os fundos abutres ganharam na loteria. Bilhões de reais saíram dos cofres de uma empresa estatal para enriquecer espertalhões de Wall Street. Foi incentivo mais do que suficiente para toda sorte de malícias.

Apareceram do dia para a noite as associações de acionistas, quase sempre à míngua de acionistas. Como no caso dos fundos abutres, elas tinham nos seus quadros associados que compraram ações depois que as fraudes foram descobertas. Essas associações se uniram a advogados, que chegaram a convidar publicamente acionistas, sobretudo os institucionais, como fundos de pensão, para buscar ressarcimento pela queda do preço das ações.

Foi como se, depois de um atropelamento de dois pedestres, um pedisse reparação ao outro, e não ao motorista embriagado. É uma insanidade – mais uma de tantas que se produzem e reproduzem no Brasil – por meio do transplante acochambreado de técnicas jurídicas estrangeiras. O caso das ações coletivas do direito americano é ainda mais grave, porque elas são polêmicas e alvo de duras críticas mesmo nos Estados Unidos.

O Direito brasileiro não precisa lançar mão de um estrangeirismo, de uma importação conceitual incompatível com a nossa realidade para proteger interesses legítimos das empresas e de seus sócios. No modelo nacional, os acionistas lesados são representados não sob uma ação de classe, mas pela própria empresa. É a sociedade dos acionistas que tem legitimidade para demandar contra o controlador e o administrador delinquentes. É uma saída mais inteligente e justa que permite beneficiar sem distinções todos os acionistas, e não apenas aqueles que aderem às ações de classe, como ocorre nos Estados Unidos.

A ação societária de classe na Justiça ou na arbitragem para obter ressarcimento que lhes causaram controladores ou administradores não se justifica, por aqui, como dissemos, porque afronta a nossa lógica de imputação de responsabilidade, para determinar que a vítima pague. Mas, sobretudo, porque segundo o nosso modelo, a classe já se faz

representar pela própria empresa. Os acionistas não precisam de uma nova coletividade. É a sociedade quem tem legitimidade para demandar contra o controlador e o administrador delinquentes. E, desse modo, beneficia reflexamente, sem distinções, todos os demais acionistas.

Há uma curiosidade a ser notada na moda de importar legislação americana para o Brasil. Os defensores das ações de classe alegam que elas beneficiam os acionistas minoritários, mas esquecem que copiamos outro preceito estrangeiro no caso de conflitos societários. As companhias abertas listadas no Novo Mercado da B3 se obrigam a litigar apenas por arbitragem Câmara do Mercado e renunciam ao foro estatal.

É um beco sem saída. Para ter suas ações negociadas no mercado de capitais, as companhias submetem-se a um tribunal monopolista privado. A justificativa é que a via do Judiciário é lenta e ineficiente. Ora, a arbitragem é forma cara de litígio. Ao fechar todos os outros caminhos deliberadamente ou por laxidão, o nosso sistema submeteu os acionistas minoritários ao modo mais caro de solução de controvérsias.

Muitos litígios societários se tornaram antieconômicos. São inúmeros os casos em que o custo da arbitragem é maior que o benefício econômico almejado com a disputa. Por isso, tornou-se comum ver minoritários desistindo de brigar por seus direitos. É claro que isso abriu uma avenida larga para abusos incuráveis dos acionistas majoritários.

Como tudo tem exceção, há uma também para o caso das ações de classe. Elas são um instrumento válido fora do direito societário. São especialmente apropriadas para o direito do consumidor, onde claramente não podem ser usadas para se aproveitar dos erros de controladores e administradores para alvejar a empresa.

Toda pilhagem é acompanhada de um esforço ideológico para que as práticas sejam aceitas sem resistência. Há dois tipos de defensores da importação das ações de classe. De um lado estão os abutres travestidos de minoritários, como os que se reuniram em fundos para depenar a Petrobras. De outro, estão os ingênuos, que por ignorância defendem o transplante de mecanismos do direito americano que são polêmicos mesmo na sua terra natal. São ingênuos, mas não menos perigosos ou culpados que os abutres. É preciso defender as empresas nacionais tanto dos abutres e dos ingênuos.

LAWFARE
E DIREITO PENAL
(DE EXCEÇÃO)

PARTE 7

Capítulo 43

PENAS ILÍCITAS: UN DESAFÍO A LA DOGMÁTICA PENAL

Eugenio Raúl Zaffaroni¹

A Esteban Righi, in memoriam

SUMÁRIO

I. PODER PUNITIVO LÍCITO E ILÍCITO; II. LA SITUACIÓN FÁCTICA EN LATINOAMÉRICA: LOS HECHOS; 1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas; 2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces; III. EL DESAFÍO SIN RESPUESTA; 1. Las penas ilícitas son penas; 2. Las objeciones formales; 3. La respuesta punitiva limitada a funcionarios; 4. El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas; 5. Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas; IV. UNA NECESARIA RESPUESTA DOGMÁTICA; 1. La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico; 2. El principio de proporcionalidad de las penas; 3. El problema de las penas de prisión en ejecución; 4. Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse; 5. No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces; V. CONCLUSIÓN.

¹ Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I PODER PUNITIVO LÍCITO E ILÍCITO

Es hoy imposible afirmar que en Latinoamérica sólo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada pueda sostenerse que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso admitiendo esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son hartamente evidentes. Muchísimas de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas.

Entre los formados en el derecho suele reiterarse la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales.

Si bien el *deber ser* nunca llega a ser *por completo* en la realidad y, por ende, no existe ninguna normativa jurídica —civil, administrativa, laboral, incluso constitucional— que se traduzca en la vida de la sociedad en un ajuste perfecto a las normas, este comentario —en apariencia inocuo— referido en particular al derecho penal, en el fondo está indicando que es en esta rama de la ciencia jurídica donde la escisión entre *deber ser* y *ser* alcanza una *disparidad* que muchas veces llega a la dimensión del *disparate*, lo que —antes o después— redundará en un grave desprestigio para la doctrina jurídico penal que, en alguna medida, ya se halla en curso, aunque buena parte de sus cultores no lo perciban.

El *punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes* opera como factor de racionalización inconsciente en el penalismo, pero impide caer en la cuenta de que el silencio doctrinario frente a la realidad del ejercicio del poder punitivo concede razón a la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes.

Si bien es verdad que los grupos hegemónicos de todos los tiempos pretenden reducir el derecho a esa despreciable condición, la ciencia jurídica tiene el *deber ético* de confrontar con esa pulsión en una continua *lucha por el derecho* —en el viejo sentido de Jhering—, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la *lucha* se mantenga en el propio campo del derecho.

Aunque no haya garantía alguna de que ese esfuerzo doctrinario tenga éxito —dado que juegan otros muchos factores de poder y la ciencia jurídica no es omnipotente— se le impone como *mandato ético sumarse al esfuerzo de contención*.

Este es el punto donde se toca íntimamente *la ética con el derecho*, porque la historia muestra que cuando éste se degrada a puro instrumento de los grupos hegemónicos,

un día los que sufren el poder represivo se lanzan a ponerle fin fuera del derecho —es decir, por la violencia—, lo que nunca es del todo bueno y significa siempre un fracaso del derecho. Por lo menos desde la *toma de la Bastilla* en adelante, el primer impulso de todo cataclismo social y político, siempre se dirigió, real o simbólicamente, contra los aparatos de ejercicio del poder punitivo.

Por ende, desde lo doctrinario nos incumbe éticamente hacernos cargo de la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región: la ciencia jurídico penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con decisión, como es el problema de las *penas ilícitas*.

Comenzaremos por echar una rápida mirada para relevar los hechos que debe considerar jurídicamente la dogmática jurídico penal; verificaremos en segundo lugar que, hasta el presente, la respuesta doctrinaria es muy pobre o directamente nula; por último, indagaremos acerca de los instrumentos conceptuales de que dispone la ciencia jurídico penal y la forma en que corresponde que ésta se haga cargo del problema.

II LA SITUACIÓN FÁCTICA EN LATINOAMÉRICA: LOS HECHOS

1 Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas

El poder punitivo ejercido en forma ilícita —típica o no— es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores.

En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados, que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa.

Fuera de estos casos extremos, deben entrar en consideración —por su gravedad— las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe.

Las cifras latinoamericanas de *letalidad policial* registradas superan en mucho a las del hemisferio norte, lo que parece estar normalizado a través de los medios masivos, con

(de)formadores de opinión que se permiten incitar pública e impunemente al homicidio afirmando ante las cámaras y los micrófonos que *el mejor delincuente es el delincuente muerto*.

Cuando la frecuencia de muertes estatales o *letalidad policial* es alta, resulta posible comparar cifras y verificar en grandes números si se trata de muertes en enfrentamientos con las policías o de ejecuciones sin proceso². Los casos particulares y no frecuentes no son de fácil comprobación, pues requieren la intervención activa de los jueces, de las autoridades políticas y de las propias cúpulas de las agencias comprometidas con esos homicidios³.

Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo —y pese a la ratificación de tratados internacionales— abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de *motines, violencias o tumultos carcelarios* y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en traslados y circunstancias análogas.

Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas.

De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias.

Hasta hace algunas décadas, prácticamente estos eran los hechos de poder punitivo ilícito que preocupaban en mayor medida. Hace casi tres décadas que publicamos con motivo de estas prácticas ilícitas un artículo titulado *Las penas crueles son penas*, que

² Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Muertes anunciadas*, Editorial Temis, Bogotá, 1992. Reedición: Ediciones Universidad Nacional de Avellaneda, Avellaneda, Argentina, 2016.

³ Como ejemplo de casos pueden verse las dificultades para el esclarecimiento de dos muertes policiales en la represión a pueblos originarios en el sur argentino.

tuvo singular éxito en aquellos años⁴ y cuyos argumentos centrales reiteramos en una publicación europea⁵.

2 Poder punitivo ilícito habilitado por jueces

2.1. Continuo aumento del número de presos. En las tres décadas que siguieron a aquellas publicaciones de la última del siglo pasado, se produjo un cambio cualitativo muy negativo, que plantea hoy el problema más agudo y generalizado y hasta *normalizado* en la región: se trata de la *sobrepoblación penitenciaria y del constante aumento de la prisionización* (conocido como el *gran encarcelamiento o encarcelamiento masivo*)⁶.

El número de presos en casi todos nuestros países aumenta incesantemente desde 1992 a ritmos anuales sostenidos, llegando a cifras absolutas y relativas antes nunca registradas. La Argentina pasó de 63 presos por cada cien mil habitantes en 1992, a más de 200 en la actualidad, Brasil de 74 a 333, El Salvador de 98 a más de 600, Perú de 76 a 270, Uruguay de 96 a 300.

Contribuye a ese aumento un mal antiguo de la región, que es el abuso de la prisión preventiva o cautelar⁷, cuyos porcentajes se mantienen altos, excediendo el 40% del total Ecuador (40%), Perú (48%), Argentina (48%), Guatemala (53%), Panamá (54%), Honduras (59%), Dominicana (60%), Uruguay (61%), Venezuela (67%), Bolivia (70%), Paraguay (76%)⁸.

Los recursos pragmáticos procesalmente pergeñados –como la supresión del plenario por vía de la *plea bargaining* o juicio abreviado– si bien implicaron algunas variantes en el curso de los años, en definitiva, no redundaron en una disminución significativa de estos porcentajes, pese a implicar el paso de *presos sin condena a condenados sin juicio*.

Todo sigue señalando que el alto porcentaje de presos preventivos es indicativo de una alta tasa de población penal *flotante*, imputada por delitos de menor gravedad.

⁴ Se publicó en 1992 en *Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), pero fue reproducido en la *Revista Boliviana de Ciencias Penales* (La Paz, 1994), en *Nuevo Foro Penal* (Medellín, 1994), *Semanaria Jurídico* (Córdoba, 1995) y *Lecciones y Ensayos* (Buenos Aires, 1996).

⁵ Zaffaroni, E. R., *Cruel penalties and double punishment*, en Festkrift till Jacob W. F. Sundberg, Juristforlaget, Estocolmo, 1993, pp. 469 y ss.

⁶ Sobre este concepto, Cuneo Nash, Silvio, *El encarcelamiento masivo*, Didot, Bs. As., 2017.

⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

⁸ Cfr. Elías Carranza, *Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer? ¿Qué no hay que hacer? El caso de México*, trabajo inédito en curso de publicación, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Bs. As., 2020.

Cabe observar que la creciente prisionización no guarda relación con el crecimiento poblacional general, ni tampoco con la mayor frecuencia de delitos graves, porque en la población penal de nuestra región predominan netamente los presos por delitos contra la propiedad –muchos sin violencia- y por comercio minorista de tóxicos prohibidos (distribuidores entre nuestras clases medias).

La composición de la población carcelaria en la región demuestra que domina la prisionización por hechos que corresponden a la llamada *delincuencia de subsistencia*, lo que se confirma verificando que el porcentaje de presos por homicidios, delitos contra la integridad física y sexuales, por regla no suele superar el 20% del total.

2.2. Selectividad discriminatoria. La composición de la población penal es sustancialmente masculina y joven, lo que no quiere decir que no constituya un problema serio la prisionización de mujeres –en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como *mulas o transportadoras*-, con la gravísima y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión⁹, dramática opción entre trascendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género.

De toda forma, es bastante obvio que el patriarcado tiene –al menos- algún efecto paradójico, pues determina que la población penal sea muy mayoritariamente masculina¹⁰, lo que pone de manifiesto nuevamente que –en nuestra región al menos- a la mujer se la sigue controlando socialmente mediante el dominio propio de la cultura patriarcal¹¹. Si el hombre es beneficiario de esa hegemonía social discriminatoria, en lo carcelario la paga con su extrema discriminación prisionizante.

En algunos países donde se mantiene una seria discriminación étnica –sea como cicatriz histórica del sistema esclavócrata o de la colonización genocida originaria- se registran también altos porcentajes de presos (indios o negros y mulatos, según la composición poblacional), que sobrepasan en mucho el de su tasa en la población general (sobre-representación).

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los

⁹ La Casación argentina acaba de recomendar la prisión domiciliaria de mujeres con hijos pequeños.

¹⁰ La población femenina oscila entre un 3 o 4% del total en Dominicana, Uruguay y Argentina, hasta el 8% en Ecuador, Bolivia y Chile (Cfr. Elías Carranza, cit.).

¹¹ Las explicaciones insólitas de la vieja criminología etiológica, como la lombrosiana, que consideraba a la prostitución un “equivalente” de la criminalidad, es obvio que están por completo superadas.

elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades: *villas miserias, favelas, pueblos jóvenes*).

2.3. El estado de las prisiones. Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arceja el número de establecimientos en los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120%) y sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*)¹².

En Ecuador, Costa Rica, Brasil, Colombia, Paraguay, Honduras, Dominicana, Nicaragua, El Salvador, Perú, Venezuela, Guatemala y Bolivia, se superan estas cifras, llegando hasta una densidad de 342% en Guatemala y 354% en Bolivia. Diez de los diez y ocho países del Caribe también superan el límite tolerable y Haití alcanza una densidad de 365%¹³.

Por lo general, cuando se producen estos excesos, al mismo tiempo se registra una enorme desproporción entre el personal penitenciario y el número de presos. El porcentaje óptimo de funcionarios de seguridad por preso parece estar entre 1 y 3 funcionarios por preso, que son los números europeos¹⁴. Cabe observar que -en razón de turnos y parte dedicada a la administración- en realidad al servicio de seguridad a lo largo del día la tasa ideal está entre 5 y 15 presos por funcionario.

Desde Uruguay, que registra 4 presos (en realidad de servicio 20) por funcionario, hasta Ecuador, con 24 presos (en realidad 120) presos por funcionario¹⁵, ninguno de los países de la región se encuentra con las cifras óptimas y muchos se alejan insólitamente de ellas.

En estas condiciones el Estado pierde el control del orden interno de las prisiones, que pasa a manos de los propios presos que, por regla son miembros de bandas o grupos estructurados de delincuencia, es decir, de la llamada *delincuencia organizada*.

¹² Las reglas mínimas originarias datan de 1955, pero han sido reformuladas y adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015, conocidas ahora como *reglas Mandela*.

¹³ Cfr. Elías Carranza, op. cit.

¹⁴ Cfr. Elías Carranza, idem.

¹⁵ Ibidem.

El control interno por parte de los presos que integran estas organizaciones se torna violento, sometiendo a los que no forman parte de la banda dominante a humillaciones y servidumbres, incluso sexuales. Todo ello sin perjuicio de las eventuales disputas por la hegemonía entre bandas, con alto saldo de víctimas fatales y escenas de inusitada crueldad (ejecuciones, mutilaciones, decapitaciones, etc.), que se normalizan en la creación de *realidad mediática* como supuestas manifestaciones de la violencia *natural* de la delincuencia.

Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental.

Si bien en todo el mundo, por efecto del inevitable deterioro de la institución total¹⁶, en las prisiones se producen más homicidios y suicidios que en la vida libre, esa relación alcanza límites muy altos en nuestra región, donde se ha calculado que por cada homicidio en la sociedad libre, se producen 25 en las prisiones, y por cada suicidio en la sociedad libre, 8 en las prisiones¹⁷.

2.4. El efecto reproductor de violencia. Lejos de cumplir cualquier objetivo que en algún momento permita al preso su reintegro a la vida libre en condiciones al menos no más negativas que las que determinaron su ingreso, la inmersión de una población masculina joven en prisiones degradadas la obliga incorporarse a una banda u organización interna, por elemental necesidad de supervivencia en esa sociedad artificial y violenta.

Esos jóvenes –en gran número poco más que adolescentes– están forzados a adoptar las pautas de conducta de las bandas en razón de una necesaria actitud defensiva de sus vidas que, prolongada en el tiempo, acaba por condicionarles la incorporación de los valores violentos del orden interno y la llamada internalización del estereotipo o asunción de la subjetividad delincencial, cuando se pasa del *yo robé* al *yo soy ladrón*.

Esto confirma las ya antiguas observaciones de la criminología norteamericana, que hace más de cincuenta años advertía que una errada intervención punitiva con motivo de una desviación de conducta (primaria), daba lugar a una desviación (secundaria) más grave, condicionante de *carreras delincuenciales*¹⁸.

¹⁶ Erving Goffman, *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Bs. As., 1994.

¹⁷ Elías Carranza, op. cit.

¹⁸ Edwin Lemert, *Desviación primaria y secundaria*, en Rosa del Olmo (ed.), “Estigmatización y conducta desviada”, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978.

Dicho en términos más claros: en las prisiones deterioradas por superpoblación se internan ladrones y se externan potenciales homicidas, a los que, además, se los libera con el estigma de *ex-preso*, o sea, que el propio Estado se empeña en proveerles de un *certificado de incapacidad laboral* y de *capitis diminutio* social en general.

2.5. La muerte violenta en la sociedad. Este condicionamiento deteriorante de los presos, inductor de conductas violentas e incapacitante para la vida libre, no puede menos que incidir sobre las altísimas tasas de homicidios que registran algunos de los países de la región que, conforme a los estándares de evaluación de la ONU, se hallarían en situación crítica en cuanto a muertes violentas. Tengamos en cuenta además que, en esos países, cerca del 50% de los homicidios suelen quedar impunes, sea por falta de diligencia para su esclarecimiento o por tratarse de ejecuciones sin proceso.

Las tasas de homicidio se establecen por su número cada 100.000 habitantes. De los 221 países de la ONU, en 2015 se observan 42 que registran menos de un homicidio anual por cada 100.000 habitantes; hay 30 países que registran entre 1 y 2 homicidios anuales; en el resto de los países se observa que estas tasas van subiendo, hasta que en el extremo máximo aparecen los que se encuentran en situación crítica, con tasas que superan los 15 homicidios por 100.000 habitantes, llegando en algunos casos hasta una tasa de 100. Son 26 los países a los que corresponden estos últimos registros críticos, entre los cuales 21 corresponden a Latinoamérica y el Caribe; los cinco restantes son africanos. México, Colombia, Brasil, Guatemala, Belice, Jamaica, Venezuela, Honduras, El Salvador, superan con creces la tasa de 15 por 100.000 anuales, y este último país registraba en 2015 nada menos que 108¹⁹, en tanto que Brasil hoy alcanza algo más de 37.

La Organización Mundial de la Salud indica que es alarmante un padecimiento que supere 10 muertes anuales por cada 100.000 habitantes. Teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas de homicidio en los países con tasas más altas son jóvenes, resulta que la muerte violenta es la principal causa de muerte de esa faja etaria en varios países de nuestra región.

En Brasil, tomando en cuenta esa faja etaria y, dentro de ella, abarcando sólo a los jóvenes negros y mulatos, la tasa de muerte violenta alcanza a 100 por 100.000 anuales, lo que implica una verdadera cifra bélica. Estos datos revelan una selección discriminatoria clasista, etaria y racista en la victimización por homicidio, que guarda un casi exacto paralelo con la discriminación que rige la selección prisionizante.

¹⁹ Cfr. Elías Carranza, op. Cit.

2.6. La prisión como tortura. La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos –muchas veces humillante y servil-, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias), escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura, dado que el art. 2º de la *Convención Interamericana contra la tortura* no limita la finalidad de ésta a la obtención de información de interés policial o de investigación, sino que los fines que menciona son meramente ejemplificativos, dado que agrega *o con cualquier otro fin*.

Quede claro que no nos estamos refiriendo a las habituales carencias de las prisiones de la región, ni tampoco a la sobrepoblación dentro de límites tolerables ni a los defectos corrientes por todos conocidos, sino a una deformación total de esta pena, de tal entidad que deja de ser de mera privación de libertad, para pasar a ser una pena corporal con posibles secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar. Mucho menos estamos haciendo referencia aquí los usuales efectos deteriorantes de la prisionización, conocidos desde la crítica sociológica del siglo pasado a las instituciones totales.

Sea como fuere –y más allá de la injustificada resistencia que puede generar la calificación de *tortura*- no cabe duda que, en las mencionadas condiciones, las penas de prisión (y con más razón aún las prisiones preventivas o provisionales) son penas ilícitas calificadas como *penas crueles, inhumanas y degradantes*, prohibidas por el art. 2,1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y por todas las constituciones de nuestras repúblicas.

III EL DESAFÍO SIN RESPUESTA

1 Las penas ilícitas son penas

Al igual que hace tres décadas, advertimos ahora que las penas pueden ser *lícitas o ilícitas*, siendo estas últimas las *penas crueles, inhumanas y degradantes*, consideradas tales por el derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.

No tiene sentido eludir la realidad con finas especulaciones racionalizadoras, pretendiendo concluir que la tortura infligida por un funcionario estatal a una persona que está sometida o somete a su poder con motivo o pretexto de un delito, no sea una pena. La tortura y en general las penas crueles se ejecutan por funcionarios del Estado sobre personas imputadas o condenadas por delitos, de modo que es una forma clarísima de respuesta estatal a un delito cometido o imputado, o sea, que queda claro que estas *penas ilícitas también son penas*.

El Estado no puede ampararse en que no se trata de su responsabilidad, sino sólo de la propia e individual de sus funcionarios, puesto que resultaría una persona jurídica dotada de un muy singular e inadmisibles privilegio de irresponsabilidad jurídica absoluta: sólo se haría cargo de las conductas lícitas de sus agentes, pero se desentendería de las ilícitas y delictivas, ignorando que en todos los casos debería -como mínimo- responder por su culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Además, si faltase alguna razón para reafirmar la verdad de Perogrullo de que las penas ilícitas son penas, basta pensar que en estos casos los Estados cometen también un injusto internacional y la jurisdicción supranacional los condena a reparar el mal inferido a la víctima. A este respecto cabe destacar que la carencia de una adecuada solución conforme al derecho en el plano interno, da lugar a una sanción internacional al Estado y, por ende, toda conducta, de funcionarios de cualquier rama del gobierno (ejecutivo, legislativo o judicial) que impida alcanzar esa solución en el orden interno, es una forma de participación en un ilícito internacional.

Frente a los delitos o ilícitos cometidos por funcionarios sostuvimos -y seguimos afirmando- que el sufrimiento que la víctima padeció como pena, necesariamente le debe ser descontado o *compensado* con una reducción -o incluso cancelación, según la gravedad del daño sufrido- de la pena lícita que se le imponga o que deba cumplir o le reste por cumplir, según el caso.

En este último sentido debemos aclarar que es obvio que la prisión preventiva es una pena. Sería absurdo que la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes o de torturas, se limitase a las penas a condenados y excluyese la prisión de procesados beneficiarios del principio de inocencia.

Los argumentos de algunos procesalistas que sostienen su analogía con las medidas cautelares del proceso civil, son inconsistentes: en el proceso civil es posible exigir *contracautelas*, lo que en la prisión preventiva es inimaginable; la medida cautelar civil sólo puede producir un indebido daño patrimonial que eventualmente es susceptible de reparación en la misma especie. Es claro que es imposible reponer en la misma especie la libertad y la existencia de las que priva una prisionización.

Los datos porcentuales de *presos sin condena* que hemos consignado antes, indican claramente que se mantiene la *inversión del proceso penal* en la región, o sea que, para más de la mitad del total de los presos latinoamericanos, primero se les ejecuta la pena (o comienza a ejecutársela) y luego se los condena: en los hechos, la verdadera sentencia condenatoria es el auto que dispone la pretendida medida cautelar, en tanto que la sentencia definitiva deviene una suerte de revisión extraordinaria.

2 Las objeciones formales

Nuestra propuesta de hace tres décadas no tuvo gran repercusión en la región, pese a la alta frecuencia de penas ilícitas ejecutadas por funcionarios estatales. En aquel momento no profundizamos suficientemente en la cuestión como problema de dogmática jurídico penal y nos limitamos a responder posibles objeciones, aunque no todas eran producto de nuestra imaginación de laboratorio.

Así, pensamos que nuestra tesis podía rechazarse argumentando en base a la intangibilidad de la *cosa juzgada* en caso de condenados. Frente a esa objeción nos parecía obvio que, tratándose de hechos posteriores o sobrevinientes, necesariamente debían dar lugar a una revisión de la pena impuesta, además de advertir que una garantía en favor del condenado nunca debe utilizarse en su contra.

Contrareplicar que también la *cosa juzgada* operaría como una garantía para la sociedad o el Estado, implicaría una inversión del objetivo constitucional de la exigencia de legalidad, que pasaría a entenderse como garantía de la voluntad punitiva del Estado, al igual que en el derecho penal *fascista*, en especial cuando se identifica al Estado con la *sociedad*.

Menos aún admitíamos que la falta de previsión legal del caso impidiese a los jueces adoptar la solución *compensatoria*, cuando ésta no depende de la letra de la ley infraconstitucional, sino de la ley constitucional e internacional.

De máxima incapacidad justificante sería la objeción simplista de que resulta difícil *compensar*, por falta de criterios más o menos firmes, puesto que esta dificultad no es ni remotamente de imposible superación y, además, no faltan apelaciones a la compensación en la misma ley positiva, cuando imponen a los jueces la valoración de la intensidad de los daños, como son los supuestos de las injurias recíprocas, por no hablar de la ponderación que impone al juez el estado de necesidad justificante.

La propia gravedad o contenido ilícito de los hechos (lesiones al honor, humillaciones, privaciones ilegales de libertad, incumplimiento de los deberes funcionales, etc.), traducida en la cuantía de la escala penal correspondiente, dan una pauta a tener en cuenta respecto de cuánto deba restarse de las penas a imponer o en ejecución.

3 La respuesta punitiva limitada a funcionarios

A partir de cualquier teoría legitimante de la pena, podría sostenerse que el Estado resuelve el conflicto limitándose a penar a los funcionarios responsables de la ejecución de penas ilícitas, cuando éstas configuren conductas típicas.

Sin recorrer todo el elenco de teorías legitimantes del poder punitivo, creemos que es suficiente con referirnos a la más idealista de éstas, que sería la más idónea para rechazar la tesis *compensatoria*.

Por ende, adoptando -únicamente *ad effectum alegandi*- la legitimación más o menos hegeliana de las penas, se podría llegar a sostener que con la punición del autor del delito se reafirma el derecho y se cancela su negación, con lo cual la cuestión quedaría supuestamente zanjada.

Esta tesis podría ensayarse hoy por quienes postulan apodícticamente que la pena es la reafirmación de la vigencia del derecho²⁰. Desde esta posición, se podría argumentar que penando al torturador se reafirmaría la vigencia del derecho y con eso se resolvería el problema.

Pero incluso dentro de esta tesis legitimante no podría ignorarse que el delito de tortura fue también una pena realmente ejecutada que, debido a su ilicitud, no sólo no reafirmó la vigencia del derecho, sino todo lo contrario, precisamente por ser un delito. Si la pena debe seguir al delito, en estos casos, la pena que sigue al delito es otro delito. La tortura sería una pena que no sólo no reafirma la vigencia del derecho, sino que, por constituir un delito, agrava o duplica la lesión, provoca una defraudación de expectativas sociales y de rol similar a la de un médico que en lugar de suturar una herida la profundice provocando más dolor. De allí podría deducirse, incluso en el marco del idealismo normativista, que en el caso de las penas ilícitas, para cancelar la doble negación de la vigencia del derecho y reafirmarla, es menester hacer algo más que limitarse a penar al funcionario infractor.

4 El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando en el tiempo transcurrido es que,

²⁰ Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.

en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente eran personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo.

Si la doctrina es poco sensible frente a las penas ilícitas ejecutadas por funcionarios administrativos, el silencio ante jueces que operan como autores mediatos de tortura resulta mucho más dramático para el prestigio y la credibilidad de la ciencia jurídico penal.

Los funcionarios encargados de ejecutar las penas habilitadas por jueces y que deban cumplirse en las cárceles deterioradas serían los autores directos, quizá amparados en la necesidad justificante o exculpante, incluso por un invencible error de prohibición, pero a los jueces no los podría beneficiar ninguna de esas eximentes.

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso valiéndose de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales que hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis.

5 Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas

5.1. Las preguntas se dirigen a la doctrina penal. Sea que las penas ilícitas se califiquen como *tortura* o simplemente como *penas crueles, inhumanas o degradantes*, las preguntas que inmediatamente vienen a la mente son las siguientes: ¿Puede admitirse

que los jueces ordenen torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes? ¿Puede el derecho ordenarles asumir el papel de autores mediatos de torturas? ¿Obedecen los jueces la Constitución que juraron o se comprometieron a *respetar y que prohíbe esas penas*? ¿Serían responsables por las muertes y lesiones que se produzcan en esas prisiones? ¿Acaso esos resultados no son previsibles?

Estas no son preguntas dirigidas a los políticos, es decir, a los poderes ejecutivos y legislativos de cada Estado en reclamo de una *política* –llámese *criminal* o, simplemente, *política*- sino al propio derecho penal, a la propia dogmática jurídico penal, que debe una respuesta.

El saber o ciencia jurídico penal, no es un *art pour l'art*, sino que se trata de un conjunto de conocimientos con un claro objetivo práctico: *aspira a convertirse en jurisprudencia*. Se teoriza el derecho penal con destino a los operadores del poder jurídico (jueces, ministerios públicos, defensores, trabajadores judiciales), en vistas a convertirse en sentencias, es decir, en actos de *gobierno de la polis*, como es toda sentencia, sencillamente porque emerge de una rama del gobierno del Estado republicano.

Así las cosas, cabe preguntar cómo es posible que la ciencia jurídico penal latinoamericana pase por alto que proyecta la tarea de los jueces en forma que, en la práctica, éstos se conviertan en autores mediatos de delitos de tortura y hasta de homicidios.

Los penalistas podríamos no responder o evadir la respuesta con racionalizaciones, en cuyo caso también estaríamos respondiendo, porque dejaríamos las cosas como están y los jueces seguirían imponiendo penas ilícitas. Se trata de un claro caso en que *la no respuesta es una respuesta*.

Si la doctrina debe alimentar la jurisprudencia, si en definitiva es en nuestra tradición la encargada de proveer a los jueces de los instrumentos conceptuales con que resolver sus casos, las preguntas terriblemente embarazosas antes expuestas y los cuestionamientos, aparentemente dirigidos a los jueces, no deben dirigirse a éstos –o, al menos, no a ellos en primer término- ni menos aún cargarles la responsabilidad de la falta de una respuesta adecuada al derecho, sino a los doctrinarios que asumen la función de proyectistas de su jurisprudencia. *La ciencia jurídico penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano y de derecho*.

5.2. La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema.

Una respuesta por parte del derecho penal –de la ciencia jurídico penal- la urge la propia jurisprudencia constitucional e internacional, incluso fuera de nuestra región. Sin pretensión de agotar sus debidos reclamos –jurídicos, por cierto, pero fuera del derecho penal- cabe recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos ordenó al gobierno de California reducir en determinado plazo el número de presos²¹ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo lo mismo con Italia²²; en nuestra región se registran decisiones de máximos tribunales en parecido sentido en Argentina²³ y en Colombia²⁴. Hoy la Argentina enfrenta un problema similar en el sistema carcelario de la Provincia de Buenos Aires y el máximo tribunal provincial ha impartido algunas directivas que, a su modo, también implican una demanda de respuesta a la doctrina penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ordenó medidas provisionales contra Brasil acerca de dos prisiones (Recife y Rio de Janeiro)²⁵, disponiendo que se compute a todo efecto doble el tiempo de detención en esas prisiones, excepción hecha de delitos contra la vida y la integridad física y sexual, en que también debería procederse de igual modo, pero después de una peritación criminológica.

Pero en todos estos casos se trata de decisiones de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales dirigidas a resolver o paliar la superpoblación, que se dirigen a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos; cuál de ellas lo haga y cómo es una cuestión interna de cada Estado, en la que el derecho internacional no se entromete.

Pero lo cierto es que ninguna de ellas se funda en consideraciones de estricta dogmática jurídico penal, sino –como corresponde a la naturaleza de las decisiones- que se adoptan conforme al saber jurídico propio del derecho constitucional y del internacional, sin que hasta el momento se haya ensayado una respuesta desde la doctrina jurídico penal.

Aunque en algún caso, como el de la medida provisional de la Corte Interamericana, incumbe también a los jueces su acatamiento, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, los jueces decidirían conforme a lo ordenado por la jurisdicción internacional para no hacer

²¹ Supreme Court of the United States, No. 09–1233, Edmund G. Brown Jr., Governor of California, et al., Appellants Vs. Marciano Plata et al. On Appeal from the United States District Courts for the Eastern District and the Northern District of California.

²² Cfr. *Emergenza Carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative, Atti del Convegno Teramo*, 6 marzo 2014, a cura di Rosita Del Coco, Luca Marafioti e Nicoa Pisani, Torino, 2014. 38 Constitución Brasileña de 1988, Artículo 103-A: "Art. 103-A. O Supremo

²³ https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf

²⁴ Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

²⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf

incurrir al Estado de un injusto internacional, pero no lo harían en función de consideraciones proporcionadas por la doctrina o ciencia jurídico penal.

5.3. Los libros y el juez preocupado. Aquí es donde se plantea el problema crucial para el saber o ciencia jurídico penal, pues cuando un juez, consciente y preocupado por enviar personas a una prisión donde sufrirá torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, abra los libros de los doctrinarios del derecho penal, no encontrará una sola línea que le resuelva su contradicción jurídica y de conciencia.

Hallará en esos libros variadas teorías del delito, finisimamente elaboradas y discutidas, pero muy pocas páginas sobre la pena, porque en el curso del último siglo la doctrina ha hipertrofiado la teoría del delito, frente a una teoría de la pena crecientemente raquítica y con frecuencia contradictoria.

Respecto de la pena, el juez hallará en los libros de derecho penal la consabida reiteración de la vieja clasificación de las llamadas *teorías de la pena* de Anton Bauer²⁶ -copiada sin cita la mayoría de las veces-, en que se postulan objetivos *absolutos* válidos para Estados éticos (como el imaginado por Kant) o racionales (como el ideado por Hegel), que nada tienen que ver con el Estado real en el cual ejerce su jurisdicción, cuya abismal selectividad punitiva poco tiene de ético y de racional.

Abrirá otros libros, donde se sostenga que las penas deben disuadir a los que no delinquieron, para que no lo hagan, en cuyo caso, como nunca se sabe hasta dónde deben *asustar* a los ciudadanos, todos supuestamente sospechados de estar prontos para cometer delitos (presupone un pueblo de potenciales criminales), puede llegar a postular que todos los delitos sean penados con las penas máximas.

En otros libros, el juez leerá que las penas deben *reforzar el prestigio del Estado como proveedor de seguridad jurídica*, lo que resultará bastante paradójico, porque es impensable que una pena cruel, inhumana y degradante pueda reforzar la imagen positiva del Estado, salvo que se tomen en cuenta los reclamos del *punitivismo populachero* de los medios de comunicación hegemónicos de la región.

Abrirá más libros y verá que algunos afirman que las penas *deben cumplir* supuestos cometidos de *re-socialización*, *re-personalización*, *re-inserción*, hasta *re-moralización*, etc., cuando ante sus ojos es evidente que no sólo no los cumplen, sino que producen exactamente el efecto contrario, como es el de condicionar futuras carreras criminales. Tampoco faltarán otros libros donde se dirá que la función de la pena debe ser la *inocui-*

²⁶ Bauer, Anton, *Teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del derecho penal*, EDIAR, Bs. As., 2018.

ción del delincuente, para que nunca vuelva a cometer un delito, en cuyo caso todo indicaría que lo mejor es matarlos a todos.

Pero en la gran mayoría de los libros, el juez preocupado y consciente hallará la extraña afirmación de que las penas que debe habilitar en sus sentencias deben servir para cumplir todas estas anteriores funciones ensambladas y confundidas en nebulosidades teóricas de difícil o imposible comprensión, en las que se mezcla el *deber ser* con el *ser*, cuando no directamente se ignora este último.

El juez preocupado dejará de lado todos estos libros, porque caerá en la cuenta de que ignoran la realidad del poder punitivo y, por ende, revisará las opiniones de quienes optan por incorporar los datos sociológicos de la tortura carcelaria a sus investigaciones y, por ende, reconocen y denuncian abiertamente el problema. Pero allí se encontrará con quienes se limitan a la descripción de lo que ya conoce, como también con algunos que avanzan soluciones que postulan directamente la abolición del poder punitivo o su radical reducción.

Ante semejantes respuestas, el juez quedará más desconcertado, porque se dará cuenta de que éstas no están dirigidas a él, sino a políticos o reformadores sociales, a los que les proponen proyectos de futuras sociedades y culturas bien diferentes de las actuales y, por ende, modelos de Estados tan inventados o imaginarios como el kantiano o el hegeliano, sólo que esta vez sin penas o con muy pocas penas.

El juez preocupado, después de consultar los libros, tanto de quienes legitiman las penas como de los que las deslegitiman, deberá cerrarlos resignadamente, porque no hallará nada que le ayude a resolver la contradicción jurídica y ética que le plantea habilitar con sus decisiones penas crueles, inhumanas o degradantes —y tal vez torturas o muerte—, es decir, penas ilícitas y prohibidas por la propia constitución de su país.

Conforme hemos visto, en el caso, *un derecho penal que no responde, en verdad, le está respondiendo a los jueces que continúen haciendo lo que hacen, es decir, que continúen habilitando privaciones de libertad ilícitas, incluso torturas y hasta penas de muerte por azar.*

En verdad, de todos esos libros surge la siguiente directiva hacia el juez: *siga sentenciando como lo hace, no se preocupe si las penas que impone son en realidad torturas, ese no es su problema y tampoco el nuestro como doctrinarios y penalistas. No nos moleste ni importune con esas preguntas. No se entrometa en lo que no le incumbe, ese es problema de los políticos, ni suyo ni nuestro.*

5.4. La compartimentalización del sistema penal. Realmente, una dogmática jurídico penal que no sea capaz de ofrecer una respuesta al juez consciente y preocupado de nuestra región, no sólo está fallando en aportar racionalidad republicana al derecho, sino

que incurre en un mal mayor: *compartimentaliza* al sistema penal de un modo tan extremadamente radical que invita a los operadores de las agencias del poder jurídico (jueces, fiscales, defensores, personal judicial) a desentenderse por entero de lo que hacen las otras agencias del propio sistema; desarticula, descoyunta, descuartiza en tal forma el sistema penal, que induce a los jueces a omitir toda consideración acerca del resultado real de sus actos de *gobierno de la polis*, cuando esta naturaleza es esencialmente inherente a su función en un sistema republicano que, por definición, impone la racionalidad en todo acto de gobierno.

Al segmentar y descuartizar de esta manera al sistema penal, cada una de sus agencias (policía, jueces, penitenciarios, legisladores, políticos, medios de comunicación, académicos) concluirá que en su respectivo ámbito hace lo debido y, por ende, nadie será responsable del resultado del conjunto, es decir, de las torturas, muertes y penas crueles, inhumanas y degradantes.

Extremando este planteo hasta el límite del absurdo e incluso de lo terrorífico, cabe recordar que también Eichmann alegaba que se limitaba a cumplir con su labor de programador de trenes y nada más. La ciencia jurídico penal que legitimase el argumento del programador de trenes, no sólo caería en el descrédito, sino que perdería toda legitimidad, como saber limitado a la programación del reparto de penas crueles, inhumanas y degradantes, semejante a un autómatas o a un aparato mecánico de producción de órdenes de penas ilícitas y de torturas. Estaríamos ante una nueva *banalización del mal*.

Esta inadmisibles conclusión pone de manifiesto que es obvio que se requiere una respuesta desde la propia dogmática jurídica, que incluso se la están reclamando las decisiones antes señaladas de tribunales supremos y de la jurisdicción internacional, es decir, que se las reclama el propio saber jurídico desde sus ramas constitucional e internacional.

Basta leer disposiciones como la de la Constitución argentina para llamar a la realidad al saber o ciencia jurídico penal, como saber proveedor de respuestas a los jueces: *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de los que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice* (art. 18 *in fine*).

5.5. ¿Una respuesta jurídica idealista? El mínimo realismo jurídico -inevitable para proponer algo racional- tampoco puede admitir una respuesta reducida a pura lógica jurídica, que pretenda simplemente que el juez libere a los presos para evitar que sigan sufriendo estas torturas, aunque desde la lógica pura, el planteo sea irrefutable: si las penas son ilícitas deben cesar de inmediato²⁷.

²⁷ Así', Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 154 y bibliografía allí citada.

Ante semejante propuesta, el juez imaginará que con el punitivismo populachero reinante en todos nuestros países tardocolonizados, rápidamente sería linchado por los medios hegemónicos y destituido, pero aun aceptando heroicamente ese destino, lo cierto es que, en el plano de la realidad, al menos su intuición le indicará que esa propuesta no se ajusta al objetivo político que a su función –y a la de todos los agentes del Estado- le señala la Constitución Nacional.

Esta respuesta –en el fondo tan idealista como el silencio doctrinario- generaría alarma social, igualaría a los pequeños ladrones o fumadores de marihuana catalogados con distribuidores con los femicidas y parricidas, no tendría en cuenta el grado de deterioro ya sufrido por las víctimas, confundiría a condenados con procesados, es decir, trataría de igual modo a personas que se hallan en situaciones desiguales, todo lo cual dista de ser racional y acaba por confundir más las cosas, sin perjuicio del riesgo de desatar una reacción paradójica de mayor represión.

El juez preocupado, incluso dispuesto a afrontar la agresión despiadada del *punitivismo populachero*, no podría dejar de pensar que esa respuesta no es la adecuada a los objetivos generales del derecho que –en el caso argentino- le señala la Constitución Nacional: *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad (Preámbulo)*.

IV UNA NECESARIA RESPUESTA DOGMÁTICA

1 La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico

En modo alguno es verdad que la dogmática jurídico penal carezca de elementos conceptuales para ofrecer una respuesta racional a la contradicción planteada. Es imposible que la paciente elaboración de la doctrina jurídico penal a lo largo de un milenio carezca hoy de los elementos capaces de brindar a los jueces un sistema que satisfaga los requerimientos más elementales de un modelo aproximado de Estado republicano y constitucional de derecho.

El método llamado usualmente *dogmático* exige que la ley a interpretar se descomponga en elementos o *dogmas* que deben disponerse en forma de sistema sin alterarlos en lo más mínimo. Es algo así como hacer del barro ladrillos, apilarlos y luego seleccionarlos y disponerlos en forma armónica en la construcción de un edificio, que en nuestro caso es el *sistema o modelo jurídico*. Así como el edificio no debe desafiar la ley de la gravedad,

en nuestro caso, la recomposición de estos *dogmas* en forma de sistema debe respetar el principio de *no contradicción* o de *completividad lógica*.

En el actual momento de nuestra cultura jurídica, para elaborar una respuesta no es necesario invocar ningún principio o criterio *supralegal*, como sucedía en el siglo XIX europeo, en que los doctrinarios (Feuerbach, Carrara, etc.) debían superar el nivel del derecho positivo, porque carecían de constituciones y de derecho internacional de los derechos humanos.

El planteo dogmático penal actual no tiene ninguna necesidad de exceder los límites del puro positivismo jurídico, porque lo que antes se buscaba *supralegalmente*, hoy está incorporado a la ley positiva constitucional e internacional. Si bien esto no cancela las respetables discusiones jusfilosóficas entre *jusnaturalistas* y *positivistas*, lo cierto es que, a los efectos prácticos y en cuanto a nuestro objetivo actual, estas disputas carecen de relevancia, porque la cuestión se resuelve en el marco del derecho positivo.

Es claro que, para hallar esa solución, como también como respuesta a quienes pretendan que la que proponemos no está prevista en la ley, debemos comenzar por subrayar que los *dogmas* que deben emplearse en la construcción del sistema también están jerarquizados. El sistema se construye dogmáticamente como un edificio, y para eso hay ladrillos (*dogmas*) más grandes y fuertes que los otros y que, por ende, deben colocarse en la base.

Estos son los *dogmas* o elementos resultantes del análisis y descomposición de las leyes de mayor jerarquía: la ley constitucional e internacional (en el caso argentino, esta última está incorporada a la Constitución en función del inciso 22º del art. 75).

La objeción que podría alzarse contra la solución que proponemos, argumentando que se trata de decisiones supuestamente *extralegales*, obedecería a un errado entendimiento de cuáles son los *dogmas legales* que debe recomponer la dogmática jurídico penal.

Esa objeción sólo la podría argüir quien –incurriendo en un gravísimo error– se limitase a recomponer los dogmas de la ley penal de menor jerarquía y desdeñase los que provienen del análisis de las leyes de mayor jerarquía. Con este extraño y tan curioso como inexplicable criterio, nunca la dogmática jurídico penal podría hacerse cargo de la enorme contradicción que implica dejar sin solución la evidencia aberrante de que los jueces se convierten en autores mediatos de torturas.

Estos errores son -en buena medida- fruto de una tradición legislativa y doctrinaria contradictoria. Nuestras constituciones, desde los orígenes de nuestros Estados, han seguido las líneas generales del modelo norteamericano, no por servilismo, sino porque en

tiempos de nuestras independencias era casi el único vigente de carácter republicano. Por ello, al menos en el plano del *deber ser*, siempre tuvimos Estados *constitucionales* de derecho, o sea que dispusimos de un tribunal que debió ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

No obstante, a la hora de elaborar la doctrina correspondiente a casi todas las otras ramas del derecho, nos inspiramos (y muchas veces copiamos) la doctrina europea, sin advertir que los Estados europeos eran Estados *legales* de derecho, que no conocían en control de constitucionalidad, puesto que éste apareció allí esporádicamente en Austria hace apenas un siglo, desapareció y sólo se difundió por todo el continente a partir de la última posguerra.

De esta contradicción en las fuentes resulta la extraña idolatría doctrinaria a la ley de menor jerarquía, que en la dogmática jurídico penal tiende a desdeñar los *dogmas básicos* de las leyes de máximo nivel cuando se trata de las penas.

La solución dogmática a que llegaremos conforme al método así entendido, es decir, reconstruyendo el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el juez debe habilitar sólo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas.

2 El principio de proporcionalidad de las penas

Descartada la vieja *perigosidad* de cuño policial y propia del reduccionismo biológico racista del siglo XIX, hoy impera casi general coincidencia en que la pena debe adecuarse a la culpabilidad por el hecho, que corresponde siempre al contenido ilícito de cada injusto.

Esta adecuación la impone el llamado *principio de proporcionalidad*, que no es necesario explicar apelando a cualquier teoría retributiva de la pena, sino como simple criterio de racionalidad impuesto por el principio republicano de gobierno: no es admisible que el Estado responda con penas desproporcionadas al contenido ilícito (a la jerarquía y entidad de la lesión del bien jurídico causada por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad conforme a las circunstancias concretas del hecho. En el extremo inferior, cuando el ilícito sea insignificante, incluso se debe prescindir de la respuesta punitiva (*principio de insignificancia*), en función del antiquísimo principio de *minimis non curat praetor*.

Por cierto, es obvio que *una pena importa un contenido penoso*, aunque el sujeto la esté procurando consciente o inconscientemente para resolver su subjetividad *culpógena*, como lo sostenía Freud. Nadie puede sentirse muy feliz de estar preso, salvo los casos muy avanzados de deterioro institucional total.

Ese contenido penoso es el propio e inherente a la privación de libertad de movimientos y traslado que implica la privación de libertad locomotiva prisional y de sus inevitables consecuencias. Esa es la base sobre la cual el legislador mide en el código penal las penas privativas de libertad en tiempo lineal, fijándolas en las respectivas escalas penales.

En el plano de la realidad de la ejecución penal, es posible que se haya normalizado un contenido penoso un tanto superior a lo estrictamente lícito, lo que por lo general sucede, pero cuando se supera este exceso normalizado y el contenido penoso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante o el de un delito de tortura e incluso de alto riesgo de muerte, ese *plus*, que es obviamente ilícito, desequilibra la relación *tiempo-sufrimiento* presupuesta por el legislador en el código al establecer las escalas penales.

La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código al momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión.

La razón indica que: si (X sufrimiento = Z tiempo); a ($X \times 2$ sufrimiento) debe corresponder ($Z - 2$ tiempo). Se trata de una cuestión de pura lógica, que hace a la completitud de la construcción dogmática dirigida al juez y a los operadores del poder jurídico en general.

Al contrario de quienes creen que con esto violamos el método dogmático, afirmamos que lo aplicamos en forma correcta, tomando en cuenta que ($X \times 2$) es un dato de la realidad igual a que el sujeto activo de un hurto se apoderó de una cosa mueble ajena. Si el dato real debe tomarse en cuenta para determinar la tipicidad de lo que *no debió ser* (el delito), también debe tomarse en cuenta para determinar si su consecuencia es *como debe ser* (la pena).

Al hacerlo se hace patente que ese tiempo de pena no corresponde al que previó el legislador que hizo el código, sino a una pena que quiebra el principio constitucional de proporcionalidad y, por ende, que nos manda recalcular el tiempo adecuándolo al grado de sufrimiento, para restablecer la vigencia y el acatamiento al principio de proporcionalidad (a la Constitución).

3 El problema de las penas de prisión en ejecución

Pero lamentablemente, las penas privativas de libertad ilícitas no se limitan a imponer un sufrimiento indebido a sus víctimas, sino que, atendiendo a lo que enseña la experiencia y las ciencias sociales —y tal como lo señalamos-, ejercen un efecto gravemente deteriorante sobre éstas, condicionándolas para conductas más violentas, haciéndoles internalizar los caracteres estereotípicos que decidieron su selección criminalizante y, por ende, reproduciendo violencia y determinando las llamadas *carreras delincuenciales*, con su secuela de reiteraciones, incluso de mucha mayor gravedad lesiva.

Esas penas ilícitas han sido ejecutadas —al menos en parte- y ese efecto reproductor no puede descartarse ni dejarse de lado a la hora de resolver el problema en la dogmática jurídica, puesto que se trata de otro dato de la lamentable realidad: el daño de la pena ilícita se ha producido en muchos casos.

Es obvio que este hecho no autoriza a ningún derecho penal a convertirse en *derecho penal de autor*, por lo cual esta variable debe descartarse.

No obstante, el saber o ciencia penal que incorpore los datos reales no puede dejar de tener en cuenta la información acerca del efecto deteriorante sufrido con frecuencia por las víctimas y, dado que el derecho penal de autor es un camino prohibido, *debe adoptar un criterio objetivo para tomar decisiones* cuando se le impone hacer cesar penas ilícitas.

Este criterio no puede ser otro que la naturaleza del delito por el cual la persona está procesada o condenada, o sea, adoptar alguna precaución en el caso de condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexual y mediante el uso de armas de fuego con potencialidad letal.

Pero este criterio objetivo aplicado a rajatabla, también resulta inadecuado para la paz interior y a la vez lesivo de la proporcionalidad, porque no todas las personas condenadas por estos delitos —y con mayor razón las que ni siquiera han sido condenadas y no se sabe si realmente son culpables- presentan los mismos signos de deterioro con características que hagan que la reducción del tiempo de pena, la adopción de medidas de control menos severas que la privación de libertad o su eventual liberación sean susceptibles de alterar la *paz interior*.

Queda claro que el *camino prohibido* del derecho penal de autor impide volver a la vieja *peligrosidad* como *pronóstico de conducta* que —como dijimos- es un concepto policial propio del positivismo racista, que pretende penar delitos que no sólo no se han cometido, sino que ni siquiera han sido imaginados.

Ante la evidencia de que el criterio puramente objetivo abarcaría a muchas personas no deterioradas en el antes mencionado sentido, se impone reducirlo mediante peritajes

que determinen el grado de *agresividad* de la persona privada de libertad por alguno de los antedichos delitos, para adoptar medidas más prudentes al compensar el sufrimiento con el tiempo en caso de particular agresividad, como por ejemplo controles electrónicos, sometimiento a vigilancia con asistente de prueba o semejantes.

Nos referimos a la *agresividad* —y en modo alguno, reiteramos, a la *peligrosidad*— porque ésta es un dato verificable pericialmente, puesto que se trata de una característica real y existente, en tanto que la vieja *peligrosidad* era un simple juicio de probabilidad sin mayor fundamento. Ningún juez puede estar muy seguro de lo que hará en el futuro un condenado o procesado y ni siquiera tampoco el propio juez; en lugar, con una adecuada peritación psicológica puede tener una altísima certeza acerca de la agresividad presente en la personalidad de quien tiene delante.

De cualquier manera, sabemos que los presos por los delitos que señalamos, no suelen superar el 20% de la población penal, de modo que lo antes dicho no afectaría el nuevo cálculo de tiempo en aproximadamente los cuatro quintos de los casos y, dentro del 20% que podría ser afectado, lo sería sólo en los supuestos de personalidades con alto nivel de agresividad.

4 Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse

De toda forma, el nuevo cálculo de tiempo, si bien restablece la observancia del principio de proporcionalidad no resuelve la totalidad de los problemas, porque igualmente, una pena ilícita no deja de serlo del todo porque se acorten sus tiempos, dado que el período que reste de cumplimiento lo seguiría siendo en una cárcel deteriorada. *Compensar* el tiempo el *plus* de sufrimiento, no legitima ese *plus* que, en definitiva, la Constitución no permite, cualquiera sea el tiempo durante el que se lo haga sufrir.

Además, queda en pie la cuestión de quienes aún no hayan sufrido prisión, en cuyo caso también sería inaceptable que los jueces los encierren en prisiones deterioradas, puesto que seguirían habilitando y disponiendo penas ilícitas.

En este último supuesto, el primer paso para una solución pasaría por atenerse estrictamente a los límites fijados por la jurisprudencia internacional para las prisiones provisionales o preventivas, es decir, estrictamente limitadas a los supuestos de riesgo de rebeldía o de interferencia de la investigación y por plazos cortos, conforme a la misma jurisprudencia.

Un segundo paso consistiría en limitar las prisiones preventivas o provisionales a las personas procesadas por los delitos que señalamos como criterio objetivo, dejando de

imponer detención preventiva o pena privativa de libertad para todas las demás. Incluso en ese 20% de delitos objetivamente demarcados, tampoco se impondrían prisiones preventivas si las peritaciones no pusiesen de manifiesto una alta agresividad o bien, cuando la libertad de la persona sea susceptible de generar conflictos graves o represalias.

De este modo, al no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos, se iría provocando una paulatina reducción de la población penal, hasta lograr, por la mera acción de los jueces, que ésta alcance una aproximación tolerable en relación a la capacidad de cada establecimiento.

La solución conforme a la dogmática jurídico penal de la pena así entendida, convertida en jurisprudencia, no eliminaría la ilicitud de todas las penas instantáneamente, sino que –dinámicamente- daría lugar a una reducción de las penas ilícitas habilitadas y a una menos ilicitud de las habilitadas, hasta que la continuidad jurisprudencial llevaría a la eliminación del resto de ilicitud de las habilitadas.

Es menester precisar que la solución respecto de las penas cuya ejecución no hubiese comenzado, no debe confundirse con lo que sucede en Brasil desde hace años, en que se mantienen las prisiones sobrepobladas, pero al mismo tiempo no se cumplen las órdenes de captura, acumulándose éstas hasta alcanzar la cifra astronómica de 600.000. Cada vez que se produce una vacante en la prisión superpoblada, se selecciona a alguna de las personas sobre las que pesa orden de captura y se la lleva a la cárcel.

Esta insólita situación, al tiempo que mantiene la superpoblación carcelaria –las prisionizaciones continúan siendo ilícitas-, proporciona una nueva fuente de recaudación autónoma a la policía, encargada de seleccionar a quién escoge en caso de vacante en la prisión.

5 No se trata de una exigente de responsabilidad de los jueces

Si bien la situación de los jueces que adopten estos criterios señalados dogmáticamente podría considerarse análoga a la del estado de necesidad del médico que no cuenta con los medios técnicos adecuados ni puede obtenerlos oportunamente ante un paciente que, en caso de no atenderlo de inmediato con los precarios medios disponibles, inevitablemente habría de morir. Es deber del médico intentar salvarle la vida con los elementos que tiene a su disposición, puesto que de no hacerlo incurriría en una tipicidad de omisión de auxilio.

Por lo general hemos considerado que el médico en esa emergencia se hallaría amparado por una justificación de estado de necesidad, pero es llegado el momento de

reflexionar al respecto. En el caso del médico, estaría violando un deber de cuidado, pero en su circunstancia sería de imposible observancia y la solución tradicional, por vía del estado de necesidad, se justificaría porque la conducta sería típicamente culposa.

No obstante, sería cuestión de reflexionar si esta solución –postulada por lo general hasta el presente- es correcta, porque si en realidad al dejar de asistir al paciente con los precarios medios disponibles incurre en una conducta típicamente omisiva, se trataría de un cumplimiento de deber jurídico que dejaría atípica su conducta.

Pero en el caso del juez la situación es aún más clara, porque si ignorase la situación que le impone la administración con sus acciones u omisiones permitiendo el deterioro de las prisiones, incurriría en una grave violación a su deber de obedecer ante todo los mandatos constitucionales.

En este caso ni siquiera se puede plantear la posibilidad de una causa de justificación por necesidad-ni menos aún por necesidad exculpante-, sino que, al recalcular el tiempo o reducir las órdenes de prisión preventiva, con las debidas precauciones antes mencionadas, no estaría haciendo otra cosa que cumplir directamente con su deber jurídico, conforme se lo impone la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, se trata una conducta completamente atípica.

No faltará quien pueda pensar que el juez que aplica esta doctrina incurre en la conducta de prevaricato (*el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo*, art. 269 del código penal argentino).

No obstante, respecto de este tipo, la conducta del juez que siga lo que una sana dogmática jurídico penal le indica, sería por completo atípica, porque sólo podrían alegar la tipicidad el ministerio público o los querellantes que interpreten la palabra *ley* del respectivo tipo legal, como limitada a las leyes penales ordinarias y excluyan del concepto a la *ley constitucional* que, lo que –como vimos- es la inadmisibles fuente de todos los errores en la materia.

Esta interpretación aberrante y la consiguiente imputación de prevaricato al juez –como lo hemos señalado- estaría basada en una dogmática jurídico penal por completo ajena a la que corresponde a un Estado constitucional de derecho, como son todos los latinoamericanos. El juez actuaría atípicamente en cuanto al tipo de prevaricato, porque estaría decidiendo conforme a la *ley constitucional* en todos los casos y, además, interpretando la ley ordinaria (el código penal) conforme al principio de proporcionalidad en la forma que el legislador ordinario presupuso al fijar las escalas penales en tiempo.

V CONCLUSIÓN

La sobrepoblación penal es un problema político para la administración (poder ejecutivo) y también para los legisladores, pero cuando éstos hacen caso omiso del deterioro carcelario, a los jueces no les resta otro camino que resolver habilitando únicamente penas lícitas, so pena de convertirse en autores mediatos de tortura y hasta de homicidio culposo o con dolo eventual.

El principio de proporcionalidad –implícito en la exigencia de racionalidad de toda medida de gobierno republicano- debe ser restablecido cuando las condiciones de deterioro carcelario hubiesen roto la relación que presupone el legislador ordinario entre el tiempo de privación de libertad y el sufrimiento que implica.

Cuando el grado de sufrimiento alcanza el nivel de pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los que –en obediencia al mandato constitucional y a la consiguiente prohibición de esas penas ilícitas- deben restablecer la observancia del principio de proporcionalidad conforme a las reglas de su arte, las que le deben ser indicadas por la ciencia jurídico penal con su metodología dogmática bien entendida, es decir, fundada sobre los *dogmas* básicos derivados del análisis de la ley constitucional.

PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: A CURVA AUTORITÁRIA DO MENSALÃO AO BOLSONARISMO

Fernando Hideo Iochida Lacerda¹

Qual a relação entre a prisão de um jovem por portar desinfetante Pinho Sol em uma das manifestações das Jornadas de Junho de 2013 e a condenação de um ex-presidente da República por reformas num apartamento (em relação ao qual se lhe imputa a “propriedade de fato”) como vantagem indevida em troca de supostos “atos indeterminados”? A resposta passa por descortinar o elo entre as perseguições – travestidas de processos penais – deflagradas pelo espetáculo midiático que lavou a jato os direitos fundamentais de Lula e as medidas de exceção silenciosas que cotidianamente excluem a própria condição humana de centenas de milhares de Rafaéis Bragas (²). Mudam-se os métodos para se perseguir o mesmo inimigo.

¹ Doutor em Filosofia do Direito e mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Escola Paulista de Direito.

² “Rafael Braga, único brasileiro condenado pelos protestos de junho de 2013 – por portar um frasco de desinfetante Pinho Sol –, recebeu agora uma condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Em sentença publicada no dia 20, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, condenou o ex-catador de latas a 11 anos e três meses de prisão e ao pagamento de multa de 1.687 reais. A Braga foi atribuído o porte de 0,6 grama de maconha, 9,3 gramas de cocaína e um rojão. Desde seu primeiro depoimento em uma delegacia no Rio de Janeiro, o ex-catador afirma que tal material não lhe pertencia. Ele conta que, naquele 12 de janeiro de 2016, caminhava em direção à padaria para comprar pão quando foi abordado por policiais da UPP (Unidade de Polícia Pacificadora) da comunidade Vila Cruzeiro, na Penha. Braga cumpria sua pena pelo episódio de 2013 em regime aberto, com tornozeleira eletrônica. Ele afirma que, após ser revistado, os PMs ameaçaram jogar drogas em sua “conta”. A defesa sustenta, ainda, que ele foi torturado e ameaçado de estupro. Segundo informações da Ponte Jornalismo, o juiz se recusou a ouvir uma testemunha arrolada pela defesa. Os únicos depoimentos considerados foram dados por policiais. Para a socióloga Nathalia Oliveira, coordena-

Ambos são punidos por serem quem são. Ao invés de um sistema punitivo em que condutas são proibidas em função do dano ou do risco que produzem, assistimos no Brasil contemporâneo à deflagração de uma guerra em que pessoas são perseguidas por serem quem são, desenvolvendo-se mecanismos fraudulentos de controle e eliminação dos grupos inúteis e/ou indesejáveis à racionalidade neoliberal.

A tese que propomos para compreender o autoritarismo do sistema de justiça criminal brasileiro do mensalão ao bolsonarismo é enxergá-lo em suas duas dimensões: a intensificação da *criminalização da pobreza* e a deflagração da *criminalização da resistência popular*. Dialogando com as histórias de Rafael Braga e Lula, podemos perceber como o processo penal tem sido manipulado como arma de guerra destinada à eliminação dos inimigos da classe dominante.

Na sociedade brasileira dos nossos tempos, o direito se tornou mera roupagem institucional manipulada pelo poder econômico com o propósito de ocultar a imposição de um conteúdo tirânico. O autoritarismo contemporâneo é fruto das práticas fraudulentas de um sistema de justiça infiel à Constituição, que oculta a perseguição dos inimigos através de um espetáculo ilusório patrocinado pelos donos da riqueza, encenado pelos aplicadores do direito e anunciado nos meios de comunicação de massa.

A infraestrutura da exceção na contemporaneidade deve ser analisada a partir da ascensão da racionalidade neoliberal como paradigma de (re)produção e concentração de riquezas na sociedade capitalista. Não há como estudar as práticas do sistema de justiça criminal dissociadas da realidade constatada pelo levantamento da Oxfam Brasil no ano de 2017 ⁽³⁾, segundo o qual seis bilionários concentram a mesma riqueza e patrimônio que os cem milhões de brasileiros mais pobres.

nadora da Iniciativa Negra por Uma Nova Política sobre Drogas (INNPD), a Lei de Drogas brasileira é um instrumento de controle social das periferias. “As pessoas são condenadas pelo CEP de onde moram, pela cor da pele e pelo testemunho do policial”, diz. “Basta a cena: sujeito periférico, de cor preta. Se a polícia disser que ele é traficante com base em um objeto forjado, essa tese será facilmente aceita pela Justiça. É uma lei que dá muita liberdade para o policial e para o juiz.” (Caso Rafael Braga: A Justiça reforça a segregação racial no Brasil. *Carta Capital*, 26 abr.2017. Disponível em: <https://www.carta-capital.com.br/sociedade/caso-rafael-braga-justica-reforca-a-segregacao-racial-no-brasil>. Acesso em: 25 out.2021).

³ “Jorge Paulo Lemann (AB Inbev), Joseph Safra (Banco Safra), Marcel Hermmann Telles (AB Inbev), Carlos Alberto Sicupira (AB Inbev), Eduardo Saverin (Facebook) e Ermirio Pereira de Moraes (Grupo Votorantim) são as seis pessoas mais ricas do Brasil. Eles concentram, juntos, a mesma riqueza que os 100 milhões mais pobres do país, ou seja, a metade da população brasileira (207,7 milhões). Estes seis bilionários, se gastassem um milhão de reais por dia, juntos, levariam 36 anos para esgotar o equivalente ao seu patrimônio. Foi o que revelou um estudo sobre desigualdade social realizado pela Oxfam”. ROSSI, Marina. *Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população*

Afinal, o que é o neoliberalismo? Sem atender ao afã de um estudo mais aprofundado, aos propósitos desse escrito basta-nos sublinhar que estamos com Loïc Wacquant, ao destacar que “o neoliberalismo ocasiona, não o encolhimento do governo, mas a formação de um *estado-centauro*, liberal no topo e paternalista na base, que apresenta faces radicalmente diferentes nas duas extremidades da hierarquia social: um rosto simpático e gentil para as classes média e alta, é uma cara medonha e carrancuda para a classe baixa” (4).

No Brasil do século XXI, o poder soberano tem sido usurpado por uma articulação neoliberal complexa entre o mercado, o sistema de justiça e os meios de comunicação de massa. Pedro Estevam Serrano (5) define esse fenômeno como *autoritarismo líquido*, fruto de *medidas de exceção* diluídas em atos, ritos e procedimentos democráticos. Atos tirânicos destinados a combater o inimigo, que violam o ordenamento jurídico a pretexto de aplicá-lo e se ocultam sob a forma institucionalizada da aparente legalidade dos atos do sistema de justiça.

Obviamente, não é de hoje que o sistema penal se destina a combater os inimigos do poder soberano na sociedade brasileira. São milhões de Rafaéis Bragas criminalizados ao longo da história de um país que nunca superou a cultura da escravidão. A forma ideal republicana nunca foi capaz de se concretizar em uma sociedade cujos conflitos remetem à tensão entre casa grande, senzala, capitão do mato, senhores e escravos. Desde sempre, o sistema de justiça criminal brasileiro persegue as classes populares.

Basta olhar no retrovisor para perceber que o rótulo de “bandido” é a reedição contemporânea da condição de escravo. O chicote apenas mudou de mão. “Coisas” não cometem crimes, então foi preciso transcender a condição de “coisa possuída por um senhor” para possibilitar a aplicação de sanções criminais. Assim é que “o primeiro ato humano do escravo é o crime, desde o atentado contra o seu senhor à fuga do cativo” (6). Pura e simples dominação, desde o início.

Nunca superamos a cultura da escravidão. Se antes identificávamos casa grande, senzala e capitães do mato como elementos sociais bem delineados, hoje devemos com-

mais pobre. El país, 25 set.2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html. Acesso em: 25 out.2021.

4 WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social in: BATISTA, Vera Malaguti(org) *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 37.

5 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Vivemos uma nova forma de autoritarismo no mundo. *Brasil de fato*, 13 set. 2018. Disponível em: <https://www.brasildfato.com.br/2018/09/13/pedro-serrano-vivemos-uma-nova-forma-de-autoritarismo-no-mundo/>. Acesso em: 23 nov. 2018.

6 GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1980, p. 62-63.

preender a estrutura camuflada na qual convivem veladamente Estado de direito, Estado de exceção e Polícia Militar.

A casa grande enquanto reduto do senhorio deu origem à forma jurídica de um Estado Democrático de Direito destinado à população incluída, onde direitos e garantias fundamentais são assegurados de acordo com a conveniência de um pensamento dominado pela elite econômica.

Em situação diametralmente oposta, a senzala evoluiu para um Estado de exceção permanente destinado aos excluídos, onde vige a lógica do combate seletivo à população pobre e marginalizada por meio da imposição do medo e do terror a partir da aplicação severa das normas incriminadoras e negação ao direito de defesa.

Não é difícil perceber que a missão outrora atribuída aos capitães do mato, agentes da repressão e castigo aos escravos, foi confiada ao sistema de justiça criminal, que desempenha práticas tirânicas chanceladas por todas as instâncias jurídicas, mas cuja face mais aparente é a Polícia Militar – instituição incompatível com um regime democrático – que atua, por um lado, como força de proteção dos interesses da classe dominante e, de outra parte, como força de ocupação territorial e repressão à população pobre. Não é à toa que o comandante do Batalhão de Choque da Polícia Militar paulista sente-se à vontade para declarar, sem nenhum constrangimento, que a abordagem policial das pessoas que transitam na região nobre deve ser diferente daquelas que habitam as zonas periféricas⁷.

Essa é a lógica do Estado de exceção contemporâneo: combater o inimigo com aparência de legalidade institucional. Assim, o sistema de justiça, notadamente no exercício do poder penal, tem desempenhado a função de agente da exceção, com o intuito de atribuir legitimidade à prática de medidas essencialmente autoritárias. Oculta-se a tirania com um verniz fraudulento de legalidade.

Nesse sentido, a *normalidade penal brasileira* pode ser identificada criticamente como a relação violenta de dominação manipulada por uma elite que concentra seu capital econômico e pela classe média interessada em proteger seu capital cultural⁽⁸⁾. A lógica

⁷ “É outra realidade. São pessoas diferentes que transitam por lá. A forma de ele abordar tem de ser diferente. Se ele for abordar uma pessoa da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins, ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado. [...] Da mesma forma, se eu coloco um da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui no Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando. [...] O policial tem de se adaptar àquele meio que ele está naquele momento” (*Abordagem nos Jardins tem de ser diferente da periferia, diz novo comandante da Rota*). UOL, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/24/abordagem-no-jardins-e-na-periferia-tem-de-ser-diferente-diz-novo-comandante-da-rota.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

⁸ SOUSA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017, p. 95.

estrutural da escravidão foi reeditada na forma da *criminalização da pobreza*, estabelecendo-se duas zonas bem delimitadas na sociedade brasileira: um Estado de direito para proteção das classes superiores e um estado permanente de exceção para perseguição das classes populares, tratadas como inimigos e identificadas por rótulos como bandido, ladrão, traficante.

Mas algo aconteceu na década de 2010, quando (alguns) grupos poderosos e tradicionalmente privilegiados passaram a ser combatidos pelo poder penal, fortalecendo-se o discurso falacioso da criminalização como tática de segurança pública e moralização da sociedade. O mesmo arbítrio tradicionalmente reservado aos grupos excluídos na forma da negação pura e tosca do direito de defesa (criminalização da pobreza) tem se reinventado de forma mais sofisticada para ser empregado também contra novas faces de um mesmo inimigo (criminalização da resistência). É preciso enxergar as duas dimensões desse fenômeno característico da sociedade brasileira na década de 2010, que temos identificado como *processo penal de exceção*.

De um lado, intensificou-se a *criminalização da pobreza* na forma de um sistema violento de controle próprio da normalidade penal histórica brasileira, marcada pelas relações oligárquicas e escravocratas de dominação de classe. Os inimigos são os *pobres inúteis* que, diante da extrema desigualdade e do desenvolvimento do mais valor relativo, não são consumidores nem exército de mão de obra de reserva. O foco deixa de ser a docilização de corpos úteis, mas a *eliminação de corpos inúteis* mediante a execução brutal mascarada por autos de resistência forjados e o encarceramento cruel massificado da juventude pobre e negra nas zonas periféricas.

De outra parte, deflagrou-se a *criminalização da resistência popular* na forma de uma nova curva autoritária de repressão ao pensamento crítico na década de 2010, direcionada especialmente aos adversários políticos, professores, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, advocacia combativa, servidores que permanecem leais à Constituição e setores estratégicos da economia nacional inconvenientes à lógica do mercado dito globalizado. Paralelamente à intensificação do autoritarismo penal tradicionalmente direcionado à criminalização da pobreza, instaura-se um sistema de *exclusão dos sujeitos inconvenientes* à imposição da racionalidade neoliberal. O foco é a eliminação física e/ou simbólica de todos os obstáculos à tirania do mercado, estimulada pelo discurso ilusório da eficiência penal em nome da moralidade administrativa e da segurança social, contra a corrupção e a impunidade.

Enquanto a normalidade penal operava mediante táticas rudimentares e explícitas de perseguição das classes populares – *negação* do direito de defesa aos excluídos –, a nova curva autoritária promove táticas mais sofisticadas e fraudulentas de perseguição dos

novos inimigos – *contrafação* do direito de defesa a grupos outrora incluídos. A pretensão de aplicar o direito mediante *flexibilizações* ou *relativizações* dos direitos fundamentais em nome da opinião pública(da), o sistema de justiça esvazia de sentido a Constituição para impor as convicções, preconceitos, crenças e valores forjados pela racionalidade neoliberal. Quando a moralidade do intérprete se sobrepõe à pauta ideológica adotada pela Constituição, a tirania do sistema de justiça profana a soberania popular.

Nesse sentido, a face mais autoritária e violenta daquilo que Pedro Estevam Serano conceitua por medidas de exceção é o exercício do poder penal. O Estado neoliberal passa a atuar orientado pelo propósito de eliminar um grande contingente humano que não é absorvido pelo mercado porque não tem condições de consumir e – diante do desenvolvimento tecnológica que caracteriza o mais-valor relativo ⁽⁹⁾ e das novas formas de reprodução da riqueza – sequer interessa aos donos do poder econômico como mão de obra barata.

Embora Carl Schmitt não tenha assistido à hegemonia da racionalidade neoliberal, o autor já antevia a possibilidade da substância política ser determinada por qualquer fator que assumisse concretamente a missão de identificar o inimigo, inclusive o poder econômico: “se as forças opositoras econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de, por si sós, determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se justamente a nova substância da unidade política” ⁽¹⁰⁾.

Na contemporaneidade, o *jus belli* passou do âmbito estatal para as mãos (invisíveis?) do mercado. Quem exerce o poder soberano e nomeia o inimigo a ser eliminado pelo poder penal é uma elite que detém o capital financeiro, manipula a classe média egoísta e se apropriou do aparelho estatal e dos meios de comunicação para assegurar a concentração de riquezas e impor seus privilégios.

A soberania deixou de ser uma questão de Estado nacional para se tornar um poder exercido segundo a lógica e os interesses do mercado globalizado. No âmbito do sistema de justiça criminal, o processo penal de exceção é um instrumento tirânico e fraudulento de dominação a serviço do poder econômico, que contrafaz em suas práticas reais autoritárias o discurso ideológico garantista estabelecido pela Constituição.

Enquanto o império neoliberal multiplica a desigualdade social e a miséria humana, a tese que propomos é a de que o processo penal de exceção promove o recrudescimento

⁹ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital*, 2ª ed. São Paulo, Boitempo, 2017, p. 227.

¹⁰ Para o autor, “en el dominio económico no existen enemigos sino únicamente competidores, y que en un mundo moralizado y reducido por completo a categorías éticas quizá ya no habría tampoco otra cosa que oponentes verbales” (SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 2009, p. 58).

do poder penal contra grupos inúteis (pobreza) e indesejáveis (resistência) aos interesses do mercado. Se o sistema garantista de Luigi Ferrajoli ⁽¹¹⁾ trabalha idealmente com o paradigma *punir-proibir-julgar* visando à limitação racional do poder punitivo, o sistema que denunciamos como processo penal de exceção fraudada concretamente essa estrutura mediante o paradigma *eliminar-perseguir-julgar*, promovendo a expansão desequilibrada do poder punitivo.

Empregando-se o processo penal como medida de exceção, a tosca separação entre excluídos e incluídos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais é reeditada à complexidade dos nossos tempos, intensificando-se a repressão contra as classes populares tradicionalmente perseguidas e camuflando-se a perseguição seletiva de alvos do sistema político, jurídico, jornalístico, acadêmico, científico e empresarial inconvenientes à racionalidade neoliberal.

Do *Mensalão* à *Operação Lava Jato*, assistimos não apenas à ascensão do sistema de justiça como ator protagonista no cenário político (judicialização da política), mas vivemos uma época de imposição da subjetividade dos aplicadores do direito por meio de atos que fraudam as normas constitucionais a pretexto de interpretá-las (politização da justiça).

Durante sua sabatina no Senado Federal, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso identificou o julgamento da Ação Penal 470 como um ponto fora da curva: “*Eu acho que o mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo no caso específico*” ⁽¹²⁾.

Não era apenas um ponto, mas o início de uma nova curva. Um novo arco histórico autoritário: o julgamento do chamado *Mensalão* foi o primeiro passo deste atual modelo do processo penal de exceção, a partir do qual o sistema de justiça criminal passa a ser manipulado de acordo com conveniências políticas, seletivamente direcionadas pelo poder econômico e pelo sistema midiático.

Elegeu-se um inimigo oficial chamado de “corrupto”, com o propósito de legitimar midiaticamente uma incessante perseguição policial e judicial a um grupo político e seus apoiadores.

Por se tratar de rótulo abstrato capaz de dissimular a perseguição concreta e seletiva de adversários políticos, o “combate à corrupção” atende aos interesses do poder

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

¹² Disponível em: <http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRSPE95405120130605>. Acesso em: 25 out.2021.

econômico em nosso país, tal qual o “combate ao terrorismo” no direito europeu e estadunidense.

Nesse ponto, destaca-se a lição de Eugenio Raul Zaffaroni sobre a conveniência de se ocultar os propósitos reais e as práticas autoritárias a pretexto de se combater a “criminalidade organizada” ou a “corrupção”, de modo que

tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incomoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais. ⁽¹³⁾

O julgamento da Ação Penal 470 foi o marco inicial de um processo penal espetacularizado em dimensão nacional e orientado essencialmente por duas características: (i) a violação de direitos fundamentais e garantias individuais dos acusados, apresentada pelos julgadores como flexibilização de regras em nome de uma justiça penal eficiente; e (ii) o empenho midiático na construção de uma narrativa maniqueísta que, simultaneamente, pressiona os julgadores e legitima uma condenação inevitável diante de um “clamor social” encenado pelos grandes meios de comunicação.

A semente plantada durante o julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012 fortaleceu-se pela apropriação, por parte de forças conservadoras instrumentalizadas pelo discurso midiático, da pulsão anômica das revoltas nacionais que entraram para a história como *Jornada de Junho de 2013* e germinou na chamada *Operação Lava Jato* a partir do ano de 2014.

Talvez ainda não tenhamos nos dado conta da dimensão das chamadas Jornadas de Junho na trajetória política do país e o futuro se encarregará dos devidos registros históricos, porém os Tribunais têm demonstrado – dia após dia – a nefasta influência das medidas instituídas no processo penal a partir da apropriação das revoltas populares por propósitos desvirtuados, enterrando – pá sobre pá, ilegalidade sobre ilegalidade – o Estado de Direito.

Ao incidir sobre o prisma do direito penal, as luzes policromáticas das mais difusas reivindicações propostas ao longo dos protestos de junho de 2013 foram polarizadas em

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

uma bandeira da qual ninguém discorda – cujo mote, porém, foi útil para camuflar as reais intenções daqueles que se apropriaram do seu legado –, qual seja: o combate à corrupção.

O legado das Jornadas de Junho de 2013 foi a rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011¹⁴, a aprovação de três leis que deram origem a novos mecanismos de exceção no processo penal – Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) e Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016) – e a manipulação dos protestos populares pelos grandes veículos de comunicação que resultou na formação de um consenso nacional pelo “combate à corrupção”¹⁵.

Nesse cenário, foi deflagrada a chamada Operação Lava Jato no início do ano de 2014. Ao longo de suas “fases” – como denominam os servidores responsáveis pela persecução criminal, que se autointitulam de “força tarefa” – fica evidente que o processo penal deixou de ser a apuração de um fato concreto para materializar-se em perseguição direcionada a alvos politicamente selecionados.

O modelo de investigação e ação penal estabelecido pela Constituição Federal foi substituído na prática judicial por táticas de guerra camufladas de processo penal pelas engrenagens do Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de medidas de exceção dissimuladas em atividade jurisdicional e próprias de uma guerra velada contra um inimigo específico.

Todos os procedimentos empregados nessa caçada gravitam em torno da celebração de acordos de delação premiada, manipulados seletivamente contra alvos pré-estabelecidos¹⁶.

As investigações iniciam-se por informações obtidas em acordos ilegais de delação premiada e desenvolvem-se mediante conduções coercitivas arbitrárias, buscas e

¹⁴ Alteração constitucional que deixava explícito que a apuração de infrações criminais é de competência das polícias federal e civil, diante da existência de inúmeras investigações conduzidas por membros do Ministério Público sem regulamentação legal e sem controle judicial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 25 out.2021.

¹⁵ Nesse sentido, interessante notar o resultado da pesquisa Datafolha sobre “qual o maior problema do país”: na pesquisa divulgada em 13/12/2012, a corrupção foi apontada por 4%; já em 27/06/2013, por 11%. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1303674-para-quase-50-saude-e-o-maior-problema-do-pais.shtml>. Acesso em: 25 out.2021.

¹⁶ Diversos casos noticiando que procuradores condicionavam a celebração dos acordos de delação premiada à revelação de informações contra determinados indivíduos ganharam notoriedade, destacando-se ilustrativamente a notícia divulgada pela Folha que narra o modo pelo qual o Ministério Público Federal estabeleceu uma disputa entre executivos de duas empreiteiras para extrair provas especificamente contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1776913-delacao-de-socio-da-oas-trava-apos-ele-inocentar-lula.shtml>. Acesso em: 25 out.2021.

apreensões violentas, quebras de sigilo ilícitas e ameaças constantes de prisão a fim de inviabilizar a defesa. Não se busca a colheita de elementos de informação, mas tão somente a confirmação da hipótese acusatória independentemente da realidade apurada.

Na sequência, ajuízam-se longas denúncias com base na convicção e conveniência dos acusadores independentemente da existência de elementos concretos. Toma-se a conclusão subjetivamente desejada como premissa para a construção de uma hipótese acusatória. O raciocínio abduutivo que informa a narrativa oficial é orientado por convicções pré-concebidas: qualquer mínimo indício que corrobore os propósitos acusatórios é aproveitado e todo elemento que possa refutar seus anseios é sumariamente descartado.

Nesse contexto, o juiz deixa de ser um sujeito processual imparcial a quem incumbiria zelar pela aplicação das normas e transforma-se em um protagonista do espetáculo midiático que se alia à narrativa acusatória e projeta sua subjetividade na condução do processo em detrimento aos comandos constitucionais.

Para Juarez Cirino,

A justiça criminal no âmbito da Operação Lava Jato produz a sensação perturbadora de que o processo penal brasileiro não é o que diz a lei processual, nem o que afirmam os Tribunais, nem o que ensina a teoria jurídica, mas apenas o que imagina o Juiz Sérgio Moro que deve ser o processo penal. ⁽¹⁷⁾

Assim, desenvolve-se um procedimento fictício em que todas as investidas da defesa são ignoradas e a produção da prova é destinada exclusivamente à comprovação da hipótese acusatória. Ao final, os processos são julgados conforme a pressão dos sistemas econômico e midiático, impondo-se punições antecipadas que transcendem o âmbito jurídico na forma de prisões cautelares ilegais e vazamentos seletivos que contribuem para o espetáculo de execração pública antes de um julgamento definitivo oficial.

Diante desse cenário, a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva na chamada Operação Lava Jato revelou-se o ápice da nova curva autoritária de combate ao inimigo político (governo popular e sua base de apoio: chamados de “corruptos”), legítimo representante do tradicional inimigo econômico (pobre: chamado de “ladrão, traficante, bandido”).

De todo modo, deve-se compreender que a caçada não atinge Lula apenas enquanto indivíduo, mas a sua representação simbólica como projeto de uma sociedade

¹⁷ Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/13/a-conexao-lava-jatomeios-de-comunicacao-um-novo-cenario-de-luta-de-classes/>. Acesso em: 25 out.2021.

mais justa e menos desigual. Naturalmente, uma elite acostumada a subjugar as classes inferiores segundo uma lógica escravocrata não assimilaria uma redução dos privilégios sem impor resistência.

O processo penal de exceção é a arma de combate nessa guerra velada. É um mecanismo dissimulado de perseguição e anulação do inimigo, com essência despótica mas aparência de legalidade. É a forma jurídica da perseguição política e econômica na era da pós-verdade. É um antiprocessos. É a violação dos direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população (e de seus representantes simbólicos) com o verniz hipócrita da juridicidade. É fruto da manipulação do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e mídia) para atender aos interesses do mercado contra seus verdadeiros inimigos: o pobre, marginalizado e oprimido.

Em julgamentos dessa natureza, os fatos objetivos não têm relevância diante das convicções e conveniências subjetivas. A comprovação processual de uma hipótese condenatória – desde o início tomada como verdade absoluta por acusação e julgador – efetiva-se por mero exercício retórico, independentemente da comprovação fática segundo as provas produzidas pelas partes. Nesse sentido, a legitimidade não decorre da aplicação das normas constitucionais e legais, mas de um discurso midiático espetacularizado repleto de apelos a emoções e crenças pessoais.

O pano de fundo dos conflitos que se materializam em processos penais de exceção é o inconformismo elitista do mercado (o soberano na contemporaneidade) com a redução – ainda que mínima – da desigualdade social. O tratamento conferido ao inimigo político é apenas uma versão mais sofisticada do arbítrio tradicional com que o inimigo econômico sempre foi tratado. Aos pobres, condenações baseadas exclusivamente na palavra de policiais militares⁽¹⁸⁾; aos políticos perseguidos, condenações com base exclusivamente em indícios e na palavra de delatores.

O pensamento elitista encontra terreno fértil na mentalidade da classe média brasileira, regendo a sinfonia de painéis em nome da manutenção dos privilégios a qualquer custo. O inimigo tradicional não pode ter sequer perspectivas mínimas de ascensão social: aeroportos devem ter público distinto de rodoviárias, universidades devem ser reservadas a poucos, shopping center não é lugar de rolezinho, automóvel não é para qualquer um...

Como bem observado por Pedro Serrano⁽¹⁹⁾, a perseguição contra Lula não se deu como atentado contra um indivíduo, mas representou a guerra do mercado contra o

¹⁸ Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “*O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*”.

¹⁹ Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/pedro-serrano-201co-prejuizo-nao-e-so-de-lula-mas-da-sociedade201d..> Acesso em: 25 out.2021.

símbolo maior (talvez único, no cenário político atual) de mudança social e ascensão dos indesejados contra os privilégios da elite.

Na visão do mercado, cujos esforços se concentram na preservação da riqueza material da elite e da riqueza simbólica da classe média, o inimigo não pode sequer ter perspectivas mínimas de ascensão: aeroportos não devem parecer rodoviárias, universidades devem ser privilégio das classes superiores, shopping center não é lugar de rolezinho, automóvel não é para qualquer um, empregados domésticos não podem ter direitos trabalhistas.

Foi nesse caldo autoritário que o bolsonarismo se fortaleceu a partir da manipulação do sistema de justiça, das forças militares e dos serviços de inteligência para realização de objetivos políticos escusos. Ao naturalizar práticas essencialmente tirânicas na rotina formalmente democrática e disseminar discursos de ódio, os processos penais de exceção promoveram um esvaziamento de sentido dos direitos fundamentais e viabilizaram a cooptação das instituições republicanas por interesses contrários à soberania popular.

O bolsonarismo é filho legítimo do lavajatismo. Nem o mais convicto entusiasta dos métodos lavajatistas poderia negar a relação indissociável entre os métodos lavajatistas e a eleição presidencial de Jair Bolsonaro, bem resumida pelo Ministro Gilmar Mendes: “A Lava Jato é pai e mãe do bolsonarismo”²⁰. O próprio Jair Bolsonaro assumiu que a atuação de Sergio Moro foi decisiva para sua eleição²¹. E, para além de qualquer aparência, a esposa do ex-juiz e ex-ministro, Rosângela Moro, sentenciou: “Eu não vejo o Bolsonaro, o Sérgio Moro. Eu vejo o Sérgio Moro no governo do presidente Jair Bolsonaro, eu vejo uma coisa só”²².

Hoje, está claro que a anunciada “luta contra a corrupção” não passou de cavalo de Troia onde se ocultava um projeto político, econômico e ideológico, contrário à soberania popular e derrotado nas urnas, que ascendeu fraudulentamente ao poder.

Despindo-se da toga, Sergio Moro revelou sua essência de militante político deslumbrado pelo poder, que manipulou processos penais em nome de um projeto político, econômico e ideológico. Não bastassem todas as arbitrariedades praticadas à luz do dia, as mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil* iniciaram uma primeira onda de revelações sobre a aliança espúria entre o então juiz Sérgio Moro e procuradores da República, que

²⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/gilmar-mendes-lava-jato-pai-mae-bolsonarismo>. Acesso em: 25 out.2021.

²¹ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/08/bolsonaro-diz-que-trabalho-de-moro-como-juiz-o-levou-a-presidencia.htm>. Acesso em: 25 out.2021.

²² Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,moro-e-bolsonaro-vejo-uma-coisa-so-diz-mulher-do-ministro,70003199209..> Acesso em: 25 out.2021.

se uniram com o propósito de combater inimigos políticos por meio de processos penais de exceção.

Mas foi com a segunda onda de revelações trazidas pela Operação *Spoofing*, que apreendeu as mensagens do *Telegram* em poder dos *hackers*, que o povo brasileiro começou a enxergar com mais nitidez o conteúdo da caixa-preta da Operação Lava Jato.

Parte do material apreendido pela Operação *Spoofing* tornou-se de conhecimento público porque disponibilizado nos autos da Reclamação nº 43.007/DF, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. E o que foi revelado é ainda mais estarrecedor do que sinalizava a primeira onda da Vaza Jato, o que nos leva a reforçar o apelo que já à época entoávamos em tom crítico ao monopólio de Glenn Greenwald e sua trupe: o povo brasileiro precisa conhecer a verdade sobre a Operação Lava Jato! Sem filtros e sem narrativas, a verdade nua e crua.

Ressalvada a importante contribuição do *The Intercept Brasil* como canal de divulgação de parte das mensagens obtidas por *hackers* – que agiram de forma lícita, porque em clara situação legítima defesa de terceiro –, o simples fato de os jornalistas precisarem se justificar diante da (agora sabida) existência de mensagens muito mais graves, revela o desacerto em se avocarem o papel de curadores dos diálogos criminosos entre a Força Tarefa e o então juiz Sérgio Moro.

É preciso trazer à luz a manipulação autoritária do processo penal que já há muito denunciávamos²³, mas hoje se tem reconhecido nos Tribunais como “esquadrão da morte”²⁴ e apontado na grande mídia como “ganguê de Curitiba”²⁵. O conteúdo dos diálogos, por si só, revela a existência de uma organização composta por agentes públicos, que se valeram da manipulação fraudulenta do sistema de justiça para ocultar a implementação de um projeto político e ideológico de poder, contando com a participação de agentes estrangeiros, cujo propósito aparenta ter sido a violação da soberania nacional, a obtenção de vantagens pessoais indevidas, a satisfação de seus interesses ou sentimentos e o aniquilamento do Estado de Direito.

²³ LACERDA, Fernando Hideo I. *Processo penal de exceção*. 2018. 441 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

²⁴ *Procuradores se dizem ‘ofendidos’ após Gilmar afirmar que se instalou em Curitiba um ‘esquadrão da morte’*. CartaCapital, 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/procuradores-se-dizem-ofendidos-apos-gilmar-mendes-afirmar-que-se-instalou-em-curitiba-um-esquadrão-da-morte/>. Acesso em: 25 out.2021.

²⁵ MAGNOLI, Demétrio. *Moro, o ‘nada jurídico’*. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniaio/post/moro-o-nada-juridico.html>. Acesso em: 25 out.2021.

A curva autoritária da década de 2010 nos deixou a lição de que não existe verdadeiro combate à corrupção sem instituições republicanas independentes, imparciais e leais à Constituição Federal. Nenhuma corrupção é maior do que a própria degeneração da soberania popular e dos direitos fundamentais pelas práticas do soberano de plantão. Revelar esse jogo de aparências e descortinar os mecanismos tirânicos fraudulentos é a nossa oportunidade de iluminar os caminhos da resistência popular em prol dos valores constitucionais e da soberania popular.

LAVA-JATO E PROCESSO PENAL EM UMA DAS ABORDAGENS ECONÔMICAS DO DIREITO

*Geraldo Prado*¹

SUMÁRIO

A INTERFACE ENTRE PROCESSO PENAL E ECONOMIA: VOLTANDO AO TEMA CINCO ANOS DEPOIS; O PROBLEMA; UMA QUESTÃO DE MÉTODOS: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PROCESSO PENAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A INTERFACE ENTRE PROCESSO PENAL E ECONOMIA: VOLTANDO AO TEMA CINCO ANOS DEPOIS

Em 2016, em um momento efervescente da vida política brasileira, quando estava em curso um golpe constitucional que ao final culminou com o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, estive na Universidade de Coimbra e, na tradicional Escola de Direito de Portugal, proferi palestra sobre o tema «Os efeitos do acordo de leniência na esfera penal no direito brasileiro».²

¹ Investigador do instituto de direito penal e ciências criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Ratio Legis - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa, professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado criminal.

² Texto-base da comunicação do autor no âmbito da Conferência proferida em 31 de janeiro de 2016, no Instituto de Direito Penal Económico Europeu, na Universidade de Coimbra.

Naquela oportunidade alertei para a manipulação que ganhava corpo no contexto da denominada Operação Lava-Jato. Não havia necessidade de grande esforço intelectual para apresentar um prognóstico trágico dos efeitos econômicos daquela intervenção do sistema de justiça no âmbito da economia nacional, pois que a «política criminal da Lava-Jato» claramente estava orientada à desindustrialização, em especial dos setores de óleo e gás, navegação e construção civil, apontando para a eliminação massiva de empregos e para a retomada da relação de dependência ao capital e aos interesses econômico-financeiros externos.

Entre os elementos de que dispomos agora, além, naturalmente, do conjunto de fatos públicos de natureza jurídica, política e econômica que, direta ou indiretamente, estão relacionados à *Operação Lava-Jato* e da atuação e posições assumidas pelo ex-juiz Sérgio F. Moro nestes anos todos, há um rico repertório de informações em parte sintetizado na reportagem de Nicolas Bourcier e Gaspard Estrada, publicada em 11 de abril de 2021 no *Le Monde*,³ a fundamentar a tese de que em grau significativo aqueles processos criminais foram responsáveis pelo desmonte de setores industriais brasileiros, de que se beneficiaram grupos concorrentes internacionais.

Apesar do que parecia ser uma evidência, algo incontroverso, inegável, foram necessários alguns anos e a demolição efetiva da economia, dos empregos, da saúde e da vida de milhões de brasileiros e brasileiras, além da erosão mesmo da democracia formal e dos valores civilizatórios elementares, para que parcela significativa da intelectualidade nativa aceitasse vocalizar o óbvio: o sistema de justiça criminal – parte dele – fora decisivo para a produção deste resultado pavoroso.

Entre os e as pouquíssimas intelectuais que desde o primeiro momento levantaram a voz contra os abusos praticados em processos da Lava-Jato e identificaram os fios que associavam estes abusos a projetos políticos, econômicos e sociais bastante específicos destacou-se a jurista Carol Proner.

Carol Proner, com sólida reputação no âmbito do direito público e do direito internacional, é conhecida pela excelência de sua formação crítica, que nos beneficia, leitores de seus textos, com análises competentes que desnudam os fenômenos que a retórica de determinada visão do fenômeno jurídico insiste em dissimular e esconder.

Prestar homenagem a Carol Proner implica, portanto, reconhecer o valor e a importância da crítica jurídica em tempos tormentosos e obscuros, além de carregar o potente

³ BOUCIER, Nicolas; ESTRADA, Gaspard. “Lava Jato”, the Brazilian trap. Tradução em inglês do original. *Le Monde*, 11 de abril de 2021. Atualizado em 12 de abril de 2021. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2021/04/11/lava-jato-the-brazilian-trap_6076361_3210.html. Disponível em: 12 abr. 2021.

significado de que a produção do saber jurídico deve estar orientada a melhorar a vida das pessoas e grupos vulneráveis.

É com este sentido, de homenagem a Carol Proner, que retomo e amplio o modesto texto de 2016.

O PROBLEMA

O direito processual penal brasileiro caracteriza-se pelo predomínio da ação penal pública, exercida pelo Ministério Público no quadro de um regime jurídico de obrigatoriedade.

Inspirada em um esquema de fundamentação da decisão penal na *verdade material*, efetivo condicionante das etapas e tarefas concernentes à adjudicação da responsabilidade penal das pessoas naturais – no Brasil, apenas excepcionalmente há processo penal em face de pessoas coletivas –, a ação penal pública obrigatória deixa muito pouca margem de manobra ao Ministério Público.

No âmbito do direito econômico e da tutela da administração pública, por sua vez, o legislador instituiu mecanismos fundados em «concordâncias», por meio do denominado acordo de leniência, com pertinência subjetiva variável, mecanismos que se orientam por critérios distintos dos que inspiram a obrigatoriedade da ação penal pública.

À diferença do que ocorre em alguns ordenamentos jurídicos, no Brasil as infrações anticoncorrenciais e as condutas de corrupção empresarial envolvendo o poder público são também infrações penais imputáveis às pessoas naturais vinculadas às empresas.

Desse modo e tomando em consideração as regras da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11, art. 86)⁴ e da Lei Anticorrupção Empresarial

⁴ Art. 86, Lei 12.529/11. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração notificada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração notificada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração notificada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

(Lei nº 12.846/13, art. 16),⁵ convivem no marco da apuração das responsabilidades

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

⁵ Art. 16, Lei 12.846/13. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

administrativas e penais de agentes econômicos sistemas que incentivam o acordo de leniência, todavia sem a garantia de que eventual autoinculpação da pessoa natural, no âmbito administrativo, produza efeitos favoráveis a ela nos procedimentos penais.

Vale, a propósito, considerar, por exemplo, as várias situações de conflito de interesses entre pessoa jurídica e investigado, mencionadas por Marcelo A. Araújo.⁶

A tornar ainda mais complexa a situação, a lei de defesa da concorrência confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio de sua Superintendência-Geral, a atribuição para lavrar pacto de leniência. E a Lei Anticorrupção Empresarial dispõe que a União, os Estados e os Municípios (5.570), por meio de seus órgãos de controle interno, estão autorizados a firmar acordos de leniência, ainda que de forma isolada em relação ao Ministério Público.

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

⁶ ARAUJO, Marcelo Azambuja. *Investigações Empresariais*. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 96-98.

Em outras palavras: é possível que seja instaurado o processo criminal apesar de ajustado o acordo de leniência e a reserva que cerca o pacto desaparece depois de efetivado o acordo, salvo se o sigilo interessar à investigação.

Para valer-me da expressão consagrada por Figueiredo Dias, em seu clássico “Acordos sobre a sentença em processo penal”, a busca por uma “eficiência funcionalmente orientada do processo penal” demanda “*estruturas de comunicação* entre os diferentes sujeitos e as diversas formas processuais”.⁷

Não existem no direito brasileiro as adequadas *estruturas de comunicação* entre as esferas penal e administrativa.

A presente comunicação busca debruçar-se sobre esta *disfunção*, identificar algumas de suas causas e apontar para certas consequências, mas com a consciência de que a sorte de problemas que resulta do encontro entre o direito econômico e o direito penal – *lato sensu* considerado, a incluir o processo penal e a criminologia – transcende em muito as questões que serão abordadas.

Deveres de vigilância transferidos da órbita pública à privada, a pretexto de aperfeiçoar os direitos de liberdade econômica, contendem com clássicas garantias liberais do processo penal que sempre se supôs estarem na base do Estado de Direito.

UMA QUESTÃO DE MÉTODOS: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PROCESSO PENAL

As relações entre direito e economia podem ser objeto de análise por variados ângulos. Não há como recusar, todavia, o fato de que, em matéria de defesa da livre concorrência, a genealogia da relação aponta, na contemporaneidade, para o *Sherman Act* norte-americano, cuja primazia sugere ter ditado os termos básicos do que predominantemente veio a ser compreendido como análise econômica do direito. O direito antitruste e sua formulação jurisprudencial, nos Estados Unidos da América, são seminais e determinantes do que se convencionou chamar «análise econômica do direito» (AED).

Em termos ideológicos a AED é tributária da Escola de Chicago.

Com efeito, esta Escola, em seus diferentes momentos, desde Aaron Director, na segunda metade do século XX, passando por Ronald Coese até chegar a Richard Posner,

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o 'fim' do estado de direito ou um novo 'princípio'?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 21 e 25 (grifo do autor).

reivindicou o domínio do discurso *Law and Economics* e postulou sua adoção nas diversas áreas, desde a empresarial à ambiental, transitando também pelo penal.⁸

Outras importantes expressões do campo, apoiadas em esquemas analíticos distintos dos da Escola de Chicago, disputam o sentido que se pretende atribuir à análise econômica do direito e confrontam a mencionada escola no que se refere à delimitação do *Law and Economics* e a eleição de determinadas ferramentas teóricas.⁹

Robin Paul Malloy, da Universidade de Siracusa (Nova York), crítico da Escola de Chicago, sublinha que o enfoque tradicional “se centra em um marco econômico dado ao qual responde reativamente, usando a legislação à maneira de um instrumento que conduza os indivíduos a realizar eleições alocativas contextualizadas, racionais e movidas pelo interesse próprio”. Acrescenta este autor que “suas premissas [da Escola de Chicago] levam a conclusões predeterminadas, como se os acontecimentos e resultados do futuro fossem inteiramente previsíveis”.¹⁰

A tese central da Escola de Chicago, no que concerne aos fundamentos da relação entre economia e direito, inspiram a postura metodológica consequencialista de Posner, influenciando em sua teoria da decisão judicial e em seu entendimento sobre o que é a democracia contemporânea: *democracia pragmática*.

O juiz norte-americano salienta, referentemente aos predicados da decisão judicial, que “no campo do direito, o pragmatismo se refere a que a decisão judicial há de estar fundamentada nos efeitos que provavelmente terá e não na dicção textual de uma lei ou precedente ou, para dizer de forma mais geral, de uma regra precedente”.¹¹

No tocante à democracia, o núcleo ideológico da perspectiva pragmática repousa no acolhimento da noção de «democracia de elites», que Joseph Schumpeter preconizava.

Ressalta Luana Heinen que o projeto de democracia pragmática de Posner, resultante da tese da «adjudicação pragmática», parte da mencionada teoria da decisão, para a qual reivindica tratar-se de «hipótese histórica» (os juízes, ao menos os norte-americanos, seriam consequencialistas, segundo Posner), para chegar ao conceito de «democracia de

⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 18.

⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 17.

¹⁰ MALLOY, Robin Paul. *Derecho y economía de mercado: una nueva interpretación de los valores del derecho y la economía*. Trad. Carmen Albaladejo, María Cristóbal e Esteban Flamini. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 127.

¹¹ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 52.

interesses», em um contexto que prima pela ideia de que a desigualdade é “o fato mais notável acerca dos seres humanos” (Schumpeter).¹²

O peso da Escola de Chicago no Brasil é significativo, não obstante outras influências, e isso, por evidente, repercute no tipo de *lente* por meio da qual a realidade econômica é observada, analisada e interferida a partir do campo jurídico.¹³

Assim, por exemplo, vigora a ideia de que a empresa “é um dos regimes de produção” que atua em um “mercado” que, por sua vez seria “uma forma de governar as transações econômicas... uma estrutura de governança... um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas”.¹⁴

Neste sentido, nossa tese consiste no reconhecimento de que se está diante de um *pacote*, que envolve uma determinada concepção de ser humano, personalista, egoísta e racional, uma certa noção de direito e de adjudicação de responsabilidades, pragmática e consequencialista, mas isso apenas no que concerne à preservação do mercado como instituição *naturalmente* vocacionada ao equilíbrio, e, ainda, uma *teoria democrática* pensada estritamente em termos de disputas eleitorais, teoria democrática que, por sua vez, no campo político, assume a desigualdade como inevitável na vida social.

Este *pacote* da Escola de Chicago configura subjetividades que refletirão na postura dos atores jurídicos relativamente às decisões legais e ao discurso que, na arena política, beneficia uma determinada política sancionatória vigorosa, pautando-a pela rigidez no trato criminal e administrativo das questões de natureza da defesa da concorrência. A legislação anticorrupção empresarial corre pelo mesmo leito até porque o setor público é um dos grandes demandantes de atividades econômicas a rigor em condições de serem executadas somente pelas grandes corporações. Os graves problemas de corrupção empresarial sucedem ser tratados como incidentes sobre o setor público brasileiro e são apreciados também como problemas de concentração em detrimento da livre concorrência.

A hegemonia ideológica de que goza o referido *pacote* não é capaz, todavia, de silenciar distintas perspectivas, até porque a crise de 2008 obrigou Posner e outros da

¹² HEINEN, Luana Renostro. *A democracia pragmática de Richard Posner enquanto ordem policial que exclui a política*. Disponível em: https://www.academia.edu/7164856/A_democracia_pragm%C3%A1tica_de_Richard_Posner_enquanto_ordem_policial_que_exclui_a_pol%C3%ADtica. Acesso atualizado em 08 de janeiro de 2016.

¹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 19-20.

¹⁴ FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Escola de Chicago a reavaliarem suas críticas às abordagens macroeconômicas e ao papel moderadamente intervencionista do Estado.¹⁵

O próprio Posner publica, em 2009, artigo em que revê alguns dos conceitos básicos do *Law and Economics* e admite que a abordagem dos problemas exclusivamente pelo viés microeconômico resultou insuficiente para prever a crise (depressão) e agir no novo cenário.¹⁶

Em outro ponto estão as críticas externas à Escola de Chicago, que se dividem em estruturais e conjunturais.

Karl Polanyi, por exemplo, contende com o que denomina de “falácia economicista”, que estaria na base mesmo do *Law and Economics* e sua predileção por uma ideologia de “mercado”:

Quase nunca é pertinente resumir a ilusão central de uma era em termos de um erro lógico, mas, em termos conceituais, é impossível descrever de outra maneira a falácia economicista. O erro lógico foi algo comum e inofensivo: um fenômeno genérico foi considerado idêntico a outro, já familiar. Nesses termos, o erro consistiu em igualar a economia humana em geral com sua forma de mercado (erro talvez facilitado pela ambiguidade básica do termo *econômico*, à qual voltaremos adiante). A falácia é evidente: o aspecto físico das necessidades do homem faz parte da condição humana; não pode existir sociedade que não possua algum tipo de economia substantiva. Por outro lado, o mecanismo de oferta-procura-preço (que chamamos mercado, em linguagem popular) é uma instituição relativamente moderna e possui uma estrutura específica: não é fácil estabelecê-la nem mantê-la em funcionamento. Reduzir o âmbito do *econômico* especificamente aos fenômenos de mercado é eliminar a maior parte da história humana. Em contrapartida, ampliar o conceito de mercado para fazê-lo abarcar todos os fenômenos econômicos é atribuir a todas as questões econômicas as características peculiares que acompanham um fenômeno específico. É inevitável que a clareza de pensamento fique prejudicada.¹⁷

¹⁵ Joseph Stiglitz, Prêmio Nobel de Economia, sublinha o fato e menciona Richard Thaler, Cass Sunstein e George Posner, tributários da Escola de Chicago, como exemplo de economistas que reviram seus pontos de vista em alguma medida. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/ideias-milenoideias-milenoideias-milenoideias-milenio>. Acesso em: 24 jan. 2016.

¹⁶ POSNER, Richard A. *The role of the law schools in the recovery from the current depression*. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/business/archive/2009/07/the-role-of-the-law-schools-in-the-recovery-from-the-current-depression/21116/>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹⁷ POLANYI, Karl. *A subsistência do homem e ensaios correlatos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 47-48.

Malloy, como mencionado, discorda da tese de que a economia teria proporcionado “uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento”,¹⁸ recusando a premissa porque, à partida, ele interpreta os mercados como “processos de intercâmbio dinâmicos e criativos”, “sede de formação de valores e significados” que podem influir sobre o sentido e as consequências das relações econômicas e jurídicas no âmbito deste sistema complexo.¹⁹

Para o autor da Universidade de Siracusa, as pessoas não têm como considerar todas as variáveis do complexo e dinâmico processo de intercâmbio [“no melhor dos casos, apenas poderemos obter uma conjectura informada”]. Neste contexto de impossibilidade de certeza entram no jogo a criatividade, que emerge em um âmbito de potencialidade, descontinuidade e indeterminação, e o projeto político de produção de riqueza sustentável que considere o fator humano e ambiental.²⁰

O economista Luiz Gonzaga Belluzzo igualmente aponta para a fragilidade das premissas racionalistas da perspectiva em questão. Salienta Belluzzo:

A hipótese da racionalidade individual é um pressuposto metafísico da corrente dominante, necessário para apoiar a ‘construção’ do mercado como um servomecanismo capaz de conciliar os planos individuais e egoístas dos agentes.

A metafísica oculta uma ‘ontologia do econômico’ que postula uma certa concepção do modo de ser, uma visão da estrutura e das conexões da sociedade capitalista. Para esse paradigma, a sociedade onde se desenvolve a ação econômica é constituída mediante a agregação dos indivíduos, articulados entre si por nexos externos e não necessários, tais como os que atavam Robinson Crusó e a Sexta-Feira.

Essa operação ideológica permite a reificação dos conceitos de Estado e mercado e, de quebra, a eliminação do conflito social, o que não é pouco. Estado e mercado deixam de ser instâncias e resultado da constituição do capitalismo enquanto sistema histórico de relações sociais e econômicas e passam a representar alternativas abstratas de organização da sociedade. ‘Como o senhor prefere, mais Estado ou

¹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24.

¹⁹ MALLOY, Robin Paul. *Derecho y economía de mercado: una nueva interpretación de los valores del derecho y la economía*. Trad. Carmen Albaladejo, María Cristóbal e Esteban Flamini. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 18 e 25.

²⁰ MALLOY, Robin Paul. *Derecho y economía de mercado: una nueva interpretación de los valores del derecho y la economía*. Trad. Carmen Albaladejo, María Cristóbal e Esteban Flamini. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 127 e 15.

mais mercado?’ Desconfio que algumas teorias serviriam melhor como um guia de instruções para garçons de restaurantes baratos.²¹

Thomas Piketty, Paul Krugman e Joseph Stiglitz questionam duramente a premissa da “desigualdade”.²² Joseph Stiglitz salienta, a respeito do poder destrutivo da desigualdade:

Joseph Stiglitz: O que quero dizer é que a desigualdade causa certos efeitos particularmente destrutivos e socialmente perigosos. Um deles verifica-se quando há níveis elevados de desemprego, sobretudo de jovens, sobretudo do sexo masculino – uma vez que, quando estes não podem usar suas energias em termos produtivos, tendem a usá-las contra produtivamente. E assim não é de admirar que os problemas do tipo dos que estamos a ver na Europa – na Grécia, há uma taxa de desemprego juvenil de sessenta por cento – provoquem comportamentos do tipo explosivo. Um segundo efeito, demonstrado por toda uma série de estudos, é que, quando a desigualdade tem uma base étnica, quando há grande número de pessoas pobres que pertencem a um grupo particular e a pobreza deixa de ser etnicamente transversal, mas tem uma dimensão racial.²³

E Luana Renostro Heinen, por sua vez, apoiada na obra de Jacques Rancière, concorda com este autor no ponto em que afirma que a igualdade e a emancipação são elementos centrais da política, que devem ser perseguidos em um contexto de ruptura “com o funcionamento da desigualdade”.²⁴

A adoção de uma perspectiva teórica diferenciada daquela vigente na Escola de Chicago repercute na concepção dos dispositivos jurídicos incidentes em tempos de crise.

²¹ BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 122.

²² O tema/problema da desigualdade desafia organizações em todo o mundo. Vide: “Uma economia para o 1%: Como privilégios e poderes exercidos sobre a economia geram situações de desigualdade extrema e como esse quadro pode ser revertido.” Disponível em: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-summm-pt_1.pdf. Acesso em: 28 jan. 2016.

²³ KRUGMAN, Paul; PIKETTY, Thomas; STIGLITZ, Joseph. *Debate sobre a desigualdade e o futuro da economia*. Lisboa: Relógio d’água, 2015. p. 32.

²⁴ HEINEN, Luana Renostro. *A democracia pragmática de Richard Posner enquanto ordem policial que exclui a política*. Disponível em: https://www.academia.edu/7164856/A_democracia_pragm%C3%A1tica_de_Richard_Posner_enquanto_ordem_policial_que_exclui_a_pol%C3%ADtica. Acesso em: 08 jan. 2016.

Assim, se a toda evidência as ações repressivas contra a livre concorrência têm seu lugar – vistas, todavia, como dispositivos orientados a evitar a concentração/monopólio e, portanto, em favor de trabalhadores e consumidores [o mercado não é um fim, mas um dos meios de criação de riqueza sustentável] –, a inflexibilidade dos mecanismos repressivos, tanto na esfera administrativa como na penal, dá lugar a políticas que tutelam a livre concorrência sem prejuízo da garantia de postos de trabalho, direitos sociais e crescimento sustentável.

O acordo de leniência, técnica de «concordância» na esfera administrativa, por meio da qual pessoas físicas ou jurídicas reconhecem a autoria de infrações à ordem econômica, compreende-se em um esquema conceitual tradicional, típica funcionalidade preconizada pelo *Law and Economics*.

Nestes termos está disciplinado na lei brasileira de defesa da concorrência:

Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: [...].

A incapacidade demonstrada pelo *mercado*, no entanto, para dar conta da crise econômica revelou as insuficiências da perspectiva puramente repressiva.

Neste contexto, por exemplo, foi editada a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, e o Reino Unido estabeleceu “Normas para Contratação Pública” (2015 nº 102 Public Procurement [The Public Contracts Regulation 2015]) que regulamentam o instituto denominado Autossaneamento (*self-cleaning*).

Com efeito, sustenta a Professora Sue Arrowsmith, da Universidade de Nottingham, que a adoção de medidas eficazes para assegurar a não repetição de atos de infração à ordem econômica pode ser mais útil à economia como um todo do que a pura e simples implementação de medidas repressivas, consoante adverte Roman Majtan, analista de contratos do Banco Mundial.²⁵

Neste sentido compreende-se a advertência de Ana Gaudêncio:

²⁵ MAJTAN. Roman. The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. *The George Washington International Law Review*, v. 45, n. 02. (2013). p. 296. Disponível em: <http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/45-2/JLE205.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

O direito, enquanto forma de expressão da *práxis* humana, traduz a assunção comunitária de uma multiplicidade de sentidos culturais. Porém, na complexa trama de opções *de vida* atualmente observáveis, pensar o direito pode transformar-se num diálogo, *convergente e/ou divergente*, entre possibilidades, e a diversidade de modos de expressar esse pensamento, só por si, promove já inumeráveis *encontros e desencontros*.²⁶

Pensar o direito como diálogo convergente vai ao encontro, suponho, das *estruturas de comunicação* preconizadas por Figueiredo Dias.

Em sua defesa do consenso, o catedrático de Coimbra ressalta a “necessidade de um discurso comandado pelo anseio de uma procura cooperativa da verdade”,²⁷ em expressa remissão a Habermas.²⁸

Figueiredo Dias sublinha, ao fim da clássica obra, que a “questão da aplicabilidade do instituto dos acordos sobre a sentença a processos de espécie não penal – civis, laborais etc. – [...] é eminentemente estranha à área das minhas [suas] preocupações”.²⁹

Ao referir-se, todavia, ao procedimento das contra-ordenações, o mestre de Coimbra indica o critério fundamental a orientar a aplicação dos acordos: “a dimensão material” em simetria com o processo acusatório.³⁰

Nessa linha e em virtude da articulação operacional entre as dimensões jurídicas pertinentes ao tema, resulta inevitável estabelecer o diálogo entre as regras do direito concorrencial e de controle da corrupção que incentivam soluções consensuais e aquelas do processo penal que concretizam a responsabilização de agentes pessoas naturais.

Como afirmado logo de início, a leniência, como ato voluntário de reconhecimento de responsabilidade por condutas anticoncorrenciais e de corrupção, envolve pessoas co-

²⁶ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Entre o centro e a periferia: a perspectiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no critical legal studies movement*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 1.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o ‘fim’ do estado de direito ou um novo ‘princípio’?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 25.

²⁸ Em Portugal, a Diretiva nº 2/14, de 21 de fevereiro de 2014, da Procuradoria Geral da República, encerrou a discussão no âmbito do Ministério Público, na sequência da decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2013 que considerou não haver lastro legal para acordos penais sobre a sentença.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o ‘fim’ do estado de direito ou um novo ‘princípio’?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 103.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o ‘fim’ do estado de direito ou um novo ‘princípio’?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 106.

letivas e naturais. Não parece fazer sentido supor, por exemplo, que uma pessoa coletiva se disporá a cooperar na busca/produção da verdade e dessa maneira assumir responsabilidades que a dimensão jurídico-econômica do ordenamento modula e atenua, sem correspondente adequação no campo penal.

A ausência de simetria tende a justificar medidas de coerção, em processo penal, como ilustra trecho de decreto judicial de prisão preventiva em investigação criminal por crime de cartel, em clara afronta ao *nemo tenetur*:

Até razoável, no contexto, discutir a sobrevivência das empresas através de mecanismos de leniência, para preservar a economia e empregos. Entretanto, condição necessária para a leniência é o reconhecimento de suas responsabilidades, a revelação dos fatos em sua inteireza e a indenização dos prejuízos. Sem isso, o que se tem é o estímulo a reiteração das práticas corruptas, colocando as empresas acima da lei.³¹

O exemplo revela como engrenagens inadequadas levam à inversão da lógica acima mencionada: a leniência há de ser voluntária, cooperar na produção da verdade e na resolução definitiva do problema e, sem embargo da atenuação da responsabilidade administrativa do agente, projetar-se na direção do processo penal, e não o contrário.

O desafio, portanto, situa-se no âmbito da coerência do sistema, que está estruturado em garantias constitucionais e convencionais – com relevo para a presunção de inocência, matriz do processo penal acusatório, e para a tutela contra a autoincriminação compulsória – que na prática se fragilizam em detrimento de soluções de *concordância* que não se convertem em resoluções consensuais sem sacrifício dessas mesmas garantias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que nos revela a paradigmática decisão acima, sobre prisão preventiva, proferida no âmbito da Lava-Jato pelo então juiz Sérgio Moro?

Com efeito, o juiz criminal, que a rigor deveria ser imparcial, ao decretar a prisão preventiva de suspeitos os conclamou a renunciar à garantia contra a autoincriminação compulsória para se declararem culpados, sob pena de assumirem o risco de assistir à

³¹ Decreto prisional no Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5024251-72.2015.4.04.7000/PR. 13ª Vara Federal de Curitiba. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Juiz: Sérgio Fernando Moro. Data: 15 de junho de 2015.

extinção das empresas a que estavam vinculados, com prejuízo declarado à «economia e empregos».

O propósito de intimidação da prisão preventiva não poderia ser mais óbvio. A parcialidade do magistrado tampouco poderia ser mais evidente.

Passados quase seis anos e observado o desdobramento da *Operação Lava-Jato* com algum distanciamento, objetividade e à luz de fatos hoje conhecidos, creio que dispomos de melhores condições para compreender o que ocorreu, estabelecendo correlações que à época poderiam ser intuídas ou entrevistas nos indícios de um heterodoxo exercício da jurisdição criminal, mas que nem sempre ficaram claramente visíveis.

Entre os elementos de que dispomos hoje, além, naturalmente, do conjunto de fatos públicos de natureza jurídica, política e econômica que, direta ou indiretamente, estão relacionados à *Operação Lava-Jato* e da atuação e posições assumidas pelo ex-juiz Moro nestes anos todos, há um rico repertório de informações em parte sintetizado na reportagem de Nicolas Bourcier e Gaspard Estrada, publicada em 11 de abril de 2021 no *Le Monde*,³² conforme referido no início.

A tese que sustento no presente artigo, ainda que de maneira sumária, não coincide ao menos em parte com algumas das conclusões de Luiz Gonzaga Belluzzo e Fabiana Alves Rodrigues a respeito da natureza da atuação do ex-juiz.

Com efeito, Belluzzo, “avesso a teorias conspiratórias”, sustentou que o então juiz Moro não tinha “consciência das consequências da destruição de empresas para os brasileiros que dependiam de seu trabalho para sobreviver”.³³

Fabiana Rodrigues, por sua vez, acentuou o “intenso voluntarismo dos atores do sistema de Justiça, em especial do Judiciário Federal, numa atuação que ultrapassa as competências tradicionais da instituição”.³⁴

Ambas as análises são virtuosas sob variados aspectos.

³² BOUCIER, Nicolas; ESTRADA, Gaspard. “Lava Jato”, the Brazilian trap. Tradução em inglês do original. *Le Monde*, 11 de abril de 2021. Atualizado em 12 de abril de 2021. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2021/04/11/lava-jato-the-brazilian-trap_6076361_3210.html. Acesso em: 12 abr. 2021.

³³ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 34.

³⁴ RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 8.

A investigação de Fabiana Rodrigues detecta inconsistências jurídicas, seletividade na atuação da justiça criminal no âmbito da *Operação Lava-Jato* e a transcendência desta mesma atuação, afetando a arena política e eleitoral.

Ainda assim, e apesar de reconhecer o papel jogado pela pressão internacional “na onda de internacionalização do combate”³⁵ aos crimes de corrupção, a autora atribui ao voluntarismo no enfrentamento à corrupção e aos corruptos um peso significativo no emprego de heterodoxas práticas jurídico-processuais levadas a cabo no seio da operação.

Luiz Gonzaga Belluzzo pinta retrato fiel do processo mundial de extraordinária concentração de riquezas nas três últimas décadas, décadas que testemunharam “três grandes transformações concomitantes” na estrutura econômica mundial, por meio da “reorganização da estrutura produtiva”, em virtude da “onda de fusões e aquisições” no sistema financeiro e por meio da “centralização do controle da propriedade”.³⁶

Assevera Belluzzo que a economia mundial está sob controle praticamente de poucas empresas, que dominam os mais importantes setores da economia (finanças, produção agrícola, a indústria farmacêutica, a 4.0 etc.), e que atuam em todos os planos e das mais variadas formas para preservar e expandir este domínio.

O discurso anticorrupção disseminado de forma acrítica e assim incorporado por parcelas da burocracia estatal no sistema de justiça criminal em Estados cujas políticas econômicas representam algum risco à estabilidade do domínio referido seria responsável por uma desastrosa reação do sistema de justiça aos crimes de mercado, desorganizando cadeia produtiva importante para o próprio país.³⁷

Minha divergência em relação aos dois autores está em que a análise das decisões do ex-juiz Moro e de seus pronunciamentos fora dos processos não aponta para voluntarismos ou ausência de consciência a respeito das consequências macroeconômicas e macropolíticas de sua atuação.

Ao revés, como ele próprio admite no trecho da decisão de prisão citado, estava bem presente nele a consciência de que a intervenção em contexto criminal que levava a cabo, na direção dos processos da *Operação Lava-Jato*, poderia desorganizar importante

³⁵ RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 9.

³⁶ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 24.

³⁷ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 34.

cadeia produtiva, além de estar dotada de potencial para alterar o cenário político-eleitoral, desde 2003 liderado em âmbito nacional pelo Partido dos Trabalhadores.

Ao situar as empreiteiras brasileiras no nosso cenário político entre 1964 e 1985, Pedro Henrique Pedreira Campos assume alguns pressupostos teóricos com os quais me identifico, sendo relevante mencionar a noção de que “aparelhos privados de hegemonia” devem ser considerados em uma “teoria ampliada do Estado”,³⁸ que no interior das classes hegemônicas também há conflitos e fricções, em uma dinâmica que se caracteriza pela formação e transformação constante de “blocos de poder” que contemplam estes “aparelhos privados de hegemonia”, sendo certo ainda que por sua própria natureza e sua relação com o Estado “comprador” (monopsônio) a indústria de construção pesada ocupa lugar de destaque neste cenário.³⁹

Daí a observação importante de Belluzzo de que é “falsa a afirmação [de que]: As grandes construtoras e operadoras nos projetos de infraestrutura *organizam* cartéis para vencer as concorrências”,⁴⁰ pois, como acentua o autor, as “empresas não organizam cartéis, elas são *um cartel*”, na medida em que no mundo todo os projetos de infraestrutura são “operados por grandes empresas por conta da existência de economias de escala em sua construção e operação”.⁴¹

A construção pesada é uma indústria que, como sublinha Campos, tem como produto a «obra pronta», se caracteriza pela alta concentração e por estar em relação permanente com o Estado. A história desta indústria no Brasil, que Malu Gaspar também retrata em estudo de caso sobre a própria Odebrecht, é em grande medida a história das frequentes relações promíscuas entre empresários, executivos e agentes públicos.⁴²

A noção de voluntarismo ou inconsciência sobre as consequências de sua atuação global como juiz da *Operação Lava-Jato* na origem, que Rodrigues e Belluzzo atribuem a Moro, no entanto é contestada por fatos.

³⁸ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais*: As empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Niterói: Eduff, 2015. p. 33.

³⁹ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais*: As empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Niterói: Eduff, 2015. p. 32.

⁴⁰ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 23.

⁴¹ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 23.

⁴² GASPAR, Malu. *A Organização*: A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

Projetos antijurídicos encontraram-se em um determinado momento de nossa história recente. Quando foi interessante, estes projetos se valeram de marcos jurídicos defasados então vigentes. Quando isso não foi suficiente, o sistema de justiça criminal – parte dele – foi enviesado.

Em vista disso, algumas indagações recebem resposta apenas se reconhecermos não um *repertório*, formado por institutos afins e articulados, mas uma mixagem incoerente, que deriva de políticas que apontam para direções opostas.

Ademais, como alertado no início, o *pensar* a criminalidade econômica requisita prudência. Sem dúvida que a maioria das condutas que a caracterizam toca em nosso sentimento de justiça porque espelha *coberturas* socioeconômicas que ao longo da história ocidental imunizaram amplos setores das elites.

A este título, todavia, o de romper *proteções* em tese causadoras de imunidade penal, poder-se-á estar desconstruindo as bases de uma dogmática jurídico-penal cara à comunidade, que ao revés haveria de fortalecer os mais vulneráveis diante do aparelho repressivo estatal.

Não custa, pois, invocar o magistério de um economista, muito preocupado com a difusão do discurso penal de expansão da repressão.

Encerro este texto em homenagem a Carol Proner como o concluí em 2016, em Coimbra, citando Belluzzo:

A experiência contemporânea parece demonstrar que os circuitos de enriquecimento ilícito – apesar do grande número de prisões e condenações – não fazem outra coisa senão aumentar, multiplicando-se mundo afora.

[...]

Nessas situações crescem os clamores por medidas heroicas, ‘salvacionistas’, quase sempre apoiadas na invocação da própria santidade, honestidade ou bons propósitos. Em geral esses movimentos de opinião voltam-se contra o ‘formalismo’ dos procedimentos legais. Os grandes pensadores da modernidade encaravam com horror a possibilidade de vitória dos grupos que veem no direito e na formalidade do processo judicial obstáculos ao exercício da moral.

[...]

Seria uma insanidade, no mundo moderno e complexo, tentar substituir os preceitos e a força da lei pela presunção de virtude auto-alegada por qualquer grupo social ou, pior ainda, por aqueles que ocupam circunstancialmente o poder.⁴³

⁴³ BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 136-138.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO

Juarez Tavares¹

SUMÁRIO

1. A NOÇÃO DE SOBERANIA; 2. O CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO; 3. A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA; A) o aparelho judicial; B) As regras penais; C) O poder militar; D) A mídia; E) A internet e outros meios de comunicação; 4. O CONTEXTO FACTUAL E POLÍTICO DAS RELAÇÕES SOCIAIS; 5. A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E AUTORITARISMO NO ESTADO DE DIREITO; 6. PROPOSTAS DE SOLUÇÕES; REFERÊNCIAS.

A discussão sobre a relação entre direito e estado de exceção na América Latina, como manifestação da chamada “guerra legal”, depende de uma série de elementos:

- a) a noção de soberania;
- b) o conceito de estado de exceção;

¹ Pós-Doutorado pela Universidade de Frankfurt am Main (Alemanha - 2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1981) e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011). Também é Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), tendo sido graduado Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1966). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Igualmente é Professor Visitante nas Universidades Pablo de Olavide (Sevilha - Espanha) e Frankfurt am Main (Alemanha), Professor Honorário da Universidade de San Martin (Lima-Peru) e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. É também Sub-Procurador-Geral da República aposentado. Dedicar-se principalmente aos seguintes temas: teoria do delito, direito penal e globalização, princípios fundamentais de direito penal, crimes omissivos e crimes culposos.

- c) a criminalização da política;
- d) o contexto fatural e político das relações sociais;
- e) a relação entre democracia e autoritarismo na esfera do Estado de Direito.

1 A NOÇÃO DE SOBERANIA

Ao confrontar a noção de soberania, pode-se, é claro, compreender dois modelos conceituais. Um modelo normativo, que deriva da construção do Estado-Nação e se baseia na concepção positivista de estado e poder, e um conceito crítico que abandona a simples relação normativa entre o estado e a realização dos objetivos públicos e procura demonstrar como as relações reais de poder se desenvolvem em contextos específicos.

A noção clássica de soberania, desde JEAN BODIN, está ancorada na noção de autonomia, com a qual, legal e factualmente, é concedido ao Estado, dentro de um determinado território, o poder absoluto de ditar o direito.² KELSEN até mesmo assinalou que a ordem jurídica estatal não conhece e não reconhece nenhum outro poder soberano ou ordem superior a ela.³ Este conceito de soberania, em sua própria evolução, também incorporará ideologias políticas, centradas no poder de reconhecer e integrar as pessoas aos objetivos do Estado. A soberania, então, além de ditar o direito dentro de um território, serve a outros propósitos. HELLER já havia estabelecido como elementos essenciais de soberania aqueles que perseguem o objetivo de ordenar exclusivamente todo o território e, também, de alcançar dentro dele uma unidade social.⁴

A soberania se impõe não somente como um poder de direito, mas também como um poder de fato sobre as pessoas. A fim de se impor como um poder de fato que aspira à unidade social sob o Estado, o que só pode ser alcançado através da obediência a certas regras de conduta, não pode prescindir de um conceito ideal de pessoa como uma pessoa dotada da capacidade de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação. É interessante notar como o conceito de soberania também influencia a concepção de responsabilidade, que, afastando-se da realidade fenomênica, é colocada a serviço dos próprios objetivos do Estado de manter a ordem e evitar conflitos futuros. Ao reconhecer

² BODIN, Jean. *Os seis livros da República, Livro Primeiro*, Capítulo VIII, São Paulo: Icone Editora, 2011, p. 195.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 34.

⁴ HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Mexico: Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995, p. 10 e ss.; *idem*, *Teoría del Estado*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 362.

a capacidade de autoconsciência do sujeito, é fácil perceber como a responsabilidade criminal segue uma linha puramente centrada no indivíduo, sozinho e isolado do mundo, sem estar localizado em certos contextos que, de fato, o constroem.

A noção clássica de soberania, como o poder de impor regras que devem ser aceitas pelo povo, concebida como uma integração de pessoas livres e iguais, também está ancorada na noção de razão ou racionalização. A noção de racionalização, que vai desde um princípio básico de compreensão, como na Crítica da Razão Pura de KANT, até um princípio de ordem moral, como razão prática, não é muito clara. Olhando o famoso dicionário de filosofia editado pela FELIX MEINER, pode-se ver que o conceito de racionalização é multifacetado, de acordo com a abordagem que lhe pode ser dada para atender a certos propósitos. Poder-se-ia então dizer que o conceito de “racionalização” tem quatro significados: o primeiro, sobre a redução de uma descrição da realidade a certos princípios do conhecimento, que corresponde à ideologia positivista; o segundo, que deriva das regras da produção industrial, está ligada aos procedimentos organizacionais e tecnológicos de TAYLOR e refere-se à manifestação finalista do processo de trabalho no sentido de aumentar a produção e reduzir os custos, por meio de melhorias técnicas e da intensidade de seu uso; o terceiro, elaborado pela psicologia, busca a justificação ou explicação de uma atividade, um sentimento ou um pensamento, decorrente de restrições pré-existentes ou necessidades internas, que, através da censura, não são confessadas pelo sujeito; o quarto, derivado da sociologia MAX WEBER, expressa em sua famosa *Wirtschaft und Gesellschaft*, em 1922, refere-se aos princípios da ação estratégica na sociedade capitalista moderna.⁵ A estes quatro significados, como exposto no famoso dicionário, podemos acrescentar uma quinta forma de racionalização, a discursiva, como desenvolvida pela HABERMAS. Em sua Teoria da Ação Comunicativa, HABERMAS procura distinguir entre a racionalidade de uma ação estratégica, que é utilizada pelo indivíduo para atingir seus próprios fins, e a racionalidade do processo de comunicação, que, sem estar acoplada a fins, que representaria o elo de um processo de custo (ação) e benefício (resultado), enfoca o reconhecimento da autonomia de agir em relação ao entendimento mútuo com os outros. Para HABERMAS, o uso comunicativo de expressões linguísticas, e não a linguagem em si, constitui o fundamento de uma racionalidade substancial.⁶

O que se pode concluir de todas as formas de racionalização que procuram abraçar a noção clássica de soberania é que as pessoas, todas elas, não existem como pessoas reais, com seus defeitos, seus sentimentos, seus sofrimentos, seus desejos justos ou

⁵ KIRSCHNER/MICHAELIS/HOFFMEISTER/REGENBOGEN/MAYER. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Hamburg, 2005, p. 545.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Rationalitäts- und Sprachtheorie, in Philosophische Texte*, Frankfurt am Main: Fischer, 2009, tomo 2, p. 114.

injustos, seus interesses de sobrevivência ou mesmo de domínio sobre os outros. Somente esses dados podem demonstrar a inadequação desse conceito para estabelecer uma posição crítica sobre a realidade e o poder. Portanto, uma racionalização do conceito de soberania não pode ser separada do conceito de pessoa deliberativa, em contraste com o conceito de pessoa ideal. Isto implica a necessidade de estabelecer uma noção crítica de soberania.

Uma noção crítica de soberania pressupõe:

- a) que o Estado não pode existir sem as pessoas;
- b) que as pessoas são entidades reais e não fictícias ou simbólicas;
- c) que o Estado não exerce o poder soberano sem a participação das forças econômicas e políticas dominantes;
- d) que o conceito de soberania é instrumental para o exercício do poder;
- e) que a soberania na pós-modernidade está ligada ao poder de vida e de morte.

Uma das postulações da democracia contemporânea é buscar um conceito de reconhecimento, que possa legitimar o poder, não apenas como poder soberano, mas também como poder ligado ao desenvolvimento. Isto pode ser visto nas mudanças de poder territorial provocadas por pactos internacionais que garantem a autodeterminação dos povos, sua independência e seu autodesenvolvimento, que se destinam a evitar guerras de expropriação e conquista. Pactos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros, também exigem a proteção das pessoas de acordo com sua diversidade. Em vista disso, o exercício do poder soberano deve sempre depender das pessoas e de sua proteção.

Por outro lado, como os pactos internacionais visam à proteção das pessoas em sua diversidade, já podemos ver que essas pessoas não são entidades simbólicas, não são subsistemas de um sistema global, mas pessoas reais. São essas pessoas reais que legitimam o poder do Estado, que exercem seu direito de voto nas eleições, que devem ser os beneficiários de qualquer política de desenvolvimento.

Mesmo que os pactos internacionais procurem proteger as pessoas, eles não são capazes de impedir que o Estado tenha sempre outra forma de poder soberano, que é a incorporação em seus objetivos e atividades dos interesses econômicos e políticos das forças dominantes em seu território e mesmo de fora dele. Se os objetivos do Estado são misturados com os interesses das grandes corporações, como é o caso na América Lati-

na, não é mais possível falar de um poder soberano puramente jurídico, nem de um poder soberano em favor do povo.

Isso está ficando cada vez mais claro com as reformas trabalhistas em vários países, com a violação de direitos já adquiridos, com a eliminação de condições dignas de seguridade social e previdência, com a sanitização das cidades através da expulsão dos pobres de suas casas para dar lugar à construção de residências de luxo ou ao crescimento da indústria do turismo ou outras políticas, com incursões policiais diárias em bairros pobres a fim de garantir uma sensação de segurança pública simbólica, com propostas para eliminar reservas indígenas e comunidades quilombolas para garantir o agronegócio e o uso de suas terras para a exploração mineral. Essas políticas são exercidas sem que os órgãos internacionais possam impedi-las, já que suas ações não podem superar o exercício da soberania, mesmo que isso signifique a destruição da política internacional para a proteção dos direitos humanos.

Assim, pode-se dizer que o conceito clássico de soberania continua vivo na pós-modernidade, como uma razão instrumental para sedimentar os interesses dos conglomerados multinacionais no Estado. A ideologia iluminista de uma vida livre, igualitária e fraterna desaparece completamente e a estrutura de castas feudais é restaurada, agora camuflada atrás das grandes corporações transnacionais.

O domínio do aparato estatal por grandes conglomerados não é simplesmente uma declaração argumentativa, mas uma observação real. Sem pretender examinar todas as relações econômicas em nossa sociedade, para fundamentar nossa afirmação, só podemos apontar que o lucro líquido dos cinco maiores bancos do Brasil, por exemplo, aumentou cerca de 17% por trimestre nos quatro trimestres de 2015 a 2017, estimando a soma de aproximadamente 20,5 bilhões de reais, ou 5,42 bilhões de dólares, somente em 2018. Esta soma é maior do que o PIB de mais de 83 países. Deve-se acrescentar que, de acordo com as regras da Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que são impostas aos países subscritores, os conglomerados multinacionais podem remeter livremente sua renda ou lucros para suas empresas-mãe, sem serem obrigados a pagar impostos sobre essa renda no país onde operam. É interessante observar como a tributação pode ser contornada por uma simples manobra argumentativa. Por exemplo, a Receita Federal no Brasil diz que se, por um lado, o lucro é tributável, ele não se aplica à renda. Uma vez que é renda e não lucro, os conglomerados têm o direito de remeter o dinheiro para suas empresas-mãe, como forma de distribuição. Seguindo esta linha, pode-se dizer, então, que, ajustados com o poder tributário do Estado, os conglomerados incorporam plenamente seus lucros, que só em 2018 atingem 6,5 bilhões de dólares para atividades de serviços, 6,1 bilhões de dólares para atividades industriais e 1,1 bilhões de dólares do agronegócio, com a soma total de 13,7 bilhões de dólares. Fazendo uma

simples soma do lucro dos bancos e conglomerados em 2018, temos um lucro líquido de 19,42 bilhões de dólares.

Essas relações entre o poder econômico e financeiro e o poder soberano dos Estados não informam, no entanto, a relação real entre o poder soberano e a população. Quando o poder do Estado soberano está relacionado ao seu exercício na realidade, não é mais possível entendê-lo como uma simples manifestação de autonomia, mesmo na construção da ordem jurídica. A realidade mostra outra face da soberania, uma face marcada pela imposição de sofrimento e de morte. Daí a afirmação de que a soberania é caracterizada pelo poder de violar proibições.⁷ A violação das proibições também implica a violação dos critérios de racionalização, que não são mais instrumentos de limitação de poder. O poder não é neutro, é um poder comprometido com interesses que não são os da população.

Se o poder de fato não tem limites, nem segue critérios de racionalização, podemos concordar com a MBEMBE no sentido de que o projeto de soberania “não é a luta pela autonomia, mas a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição dos corpos humanos e da população”.⁸ Portanto, pode-se dizer que a soberania, nesta abordagem, é o poder de decidir sobre a vida e a morte das pessoas.

Parece que estamos desenhando um quadro mórbido dos poderes do Estado, mas a realidade nos mostra exatamente isso. Sem falar em guerras, que hoje estão diretamente associadas não às conquistas territoriais, como no tempo dos impérios, mas ao domínio dos recursos do país explorado, já podemos ver como o poder em nossas cidades trata os cidadãos pobres, negros e índios.

Um exemplo sólido de tal tratamento pode ser encontrado em vários países, agora mais explicitamente no Brasil, com a intervenção militar havida no Rio de Janeiro que violou todos os direitos fundamentais dos cidadãos pobres. Agrega-se a isso a atuação vigente da Polícia Militar, que, sob o pretexto de uma guerra contra as drogas e os traficantes locais, produz com suas intervenções um número assustador de mortes, incluindo menores e mulheres. A soberania, portanto, não é mais um elemento político-jurídico que assegura o domínio do Estado sobre seu território, mas o verdadeiro poder de decidir quem deve morrer. É somente através de uma abordagem crítica que se pode perceber que a soberania não pode ser reduzida a uma questão puramente jurídica. Confrontada com a realidade do exercício do poder, ela abre a porta para mostrar seu verdadeiro significado. Por baixo do conceito jurídico, que parece ser um conceito neutro, o verdadeiro lado do poder está es-

⁷ BATAILLE, George. *Lo que entiendo por soberania*, Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 67 e ss.

⁸ MBEMBE, Achille. *Necropolítica, biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 10.

condido. Este conceito real de soberania, fora do direito, desempenhará um papel decisivo na compreensão das guerras jurídicas, que protegem as decisões de poder.

2. O CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

A soberania, como poder de decisão sobre a vida e a morte, não pode ser separada de outros mecanismos do Estado que, juridicamente falando, também servem a seus objetivos. Estes mecanismos não são mecanismos de libertação, mas mecanismos de razão instrumental, que procuram legitimar as atividades do Estado quando se trata de uma agressão direta aos direitos fundamentais.

Esses mecanismos estão incluídos nas constituições como instrumentos de derrogação ou suspensão do Estado de direito, nas formas de estado de sítio, estado de emergência, estado de defesa e estado de exceção. Cada um deles tem sua própria formulação e características, que dependem da regra estabelecida no texto constitucional. No entanto, não é importante aqui distinguir entre cada um desses três instrumentos legais. Podemos incluí-los todos sob o conceito comum de estado de exceção. De fato, o estado de exceção reúne a essência de todos esses instrumentos.

Os juristas modernos geralmente atribuem ao Estado uma dupla função: proteção dos cidadãos e autolimitação de seus poderes. Esta dupla função corresponde aos elementos essenciais do chamado Estado de Direito. Assim, a estrutura do Estado se baseia em uma condição factual da existência de um grupo político que domina o poder, de um órgão burocrático que o exerce dentro dos limites estabelecidos por lei em um determinado território, e, também, de um acordo político que o obriga a se autolimitar e a cumprir suas tarefas. Para que isto seja possível, é necessário não apenas a coexistência de poderes políticos e jurídicos, mas também a crença de que esta estrutura organizada esteja a serviço de todos.

Em sua análise do poder, MAX WEBER já havia declarado que não poderia existir sem o reconhecimento de sua legitimidade pelos cidadãos, que tinham como condição de sua aceitação a própria convicção de que o Estado deveria protegê-los. A crença, entretanto, não decorre de uma simples estrutura jurídica, e sim mais precisamente do exercício burocrático do poder como um elemento neutro e imparcial. A neutralidade é o símbolo mais eloquente de um poder que esconde sua verdadeira estrutura.

Neutralidade é o elemento chave para obter obediência. Como diz MAX WEBER: “A docilidade (Fügsamkeit), como imposição de ordens a uma ou mais pessoas, pressupõe a crença, em algum sentido, em um poder legítimo de dominação dos opositores, na medida

em que o simples medo ou motivos racionais não são decisivos, mas representações jurídicas que devem ser tratadas separadamente”.⁹

Além disso, afirma ele: “Normalmente, a docilidade às ordens também é condicionada por interesses de todos os matizes, por uma mistura de tradição vinculante e representações jurídicas, desde que não seja uma questão de estatutos inteiramente novos. Em muitos casos, a ação dócil não é naturalmente consciente, seja pela força do costume, da convenção ou da lei”.¹⁰

O direito, portanto, serve não apenas à estruturação do Estado, mas também à cooptação do povo. Essa cooptação só é bem-sucedida enquanto não houver distúrbios ou interferências de fora, tais como uma guerra civil ou mesmo uma invasão do território por forças inimigas. Nesses casos, normalmente é usado um estado de exceção que, suspendendo ou restringindo direitos, transforma o aparelho burocrático em um aparelho de guerra.

O estado de exceção não é apenas uma expressão de uma lei doméstica, mas também está previsto em convenções internacionais. Assim, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estabelece no artigo 15.1 que: “No caso de guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar medidas derogatórias de suas obrigações sob esta Convenção na medida estritamente exigida pela situação, desde que tais medidas não entrem em conflito com suas outras obrigações sob o direito internacional”.

O mesmo se aplica à Convenção Americana de Direitos Humanos, que também prevê no artigo 27 a suspensão das garantias: “Em tempo de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou a segurança de um Estado Parte, este pode tomar medidas derogatórias de suas obrigações sob esta Convenção na medida e pelo período de tempo estritamente exigido pelas exigências da situação, desde que tais medidas não sejam inconsistentes com suas outras obrigações sob o direito internacional e não envolvam discriminação por qualquer motivo, como raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”.

A previsão de um estado de exceção nas convenções de direitos humanos implica considerar o Estado como uma entidade cuja manutenção é mais importante do que as pessoas, o que contradiz o próprio conceito de direitos humanos como direitos cujo objetivo essencial é a proteção do indivíduo e seus direitos contra a intervenção do Estado. Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos não limitou o estado de exceção

⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr, 1922, p. 20

¹⁰ WEBER, Max. (Nota 8), p. 20.

a situações de guerra, mas também a estendeu a emergências que ameacem a segurança do Estado Parte, ou seja, também cria a base para a construção de uma teoria de segurança nacional, como ocorreu em nossos países durante décadas, desde 1960 até o final dos anos 80.

O estado de exceção, por outro lado, nem sempre é estabelecido de acordo com esses critérios de existência de guerra, perigo público ou uma emergência que ameace a independência ou a segurança nacional. Facilitado por um judiciário dependente formado por pessoas que não correspondem ao significado ou à essência da população, em suma, por uma elite governante, os estados têm exercido outra forma de exceção, através de intervenções parciais das forças armadas em guetos, favelas e favelas. Este modo de intervenção transforma o próprio conceito de estado de exceção transitório, concebido para enfrentar situações de calamidade, em um estado de sítio permanente, sem mesmo observar as limitações constitucionais ou o direito internacional. Com este estado de sítio permanente, como forma habitual de estado de exceção sem um decreto que o institua, todos os limites impostos pelos artigos 27, 2 e 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos são suspensos, o que exige a preservação dos direitos à vida, à integridade física e ao reconhecimento como pessoa, dos direitos das crianças e, além disso, a obrigação de informar sobre as razões da suspensão de direitos e sua duração.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Se a soberania, como poder que dispõe dos direitos de vida e de morte, não é mais um conceito puramente jurídico, mas um conceito de necropolítica, para usar a expressão da MBEMBE, a relação das estruturas estatais não é mais estabelecida sob o preceito de independência e harmonia, mas de dependência dos interesses dominantes. A dependência, neste caso, também leva à criminalização dos adversários e, por extensão, da própria política.

A criminalização da política, como forma de eliminar a oposição, depende de uma série de condições:

- a) um aparelho judicial que seja confiável para o poder dominante;
- b) normas legais que facilitem a incriminação de meros comportamentos;
- c) um aparelho militar que pode estar sempre à disposição do poder dominante para controlar a jurisdição;

- d) meios de comunicação de massa que execram o oponente como uma pessoa hostil;
- e) outros meios de expressar sentimentos, que podem ser manipulados.

A) O aparelho judicial

Um aparelho judicial confiável está ligado a uma estrutura que pode delimitar arbitrariamente seus membros. Esta delimitação segue um caminho: desde a entrada dos candidatos selecionados até os cursos que eles devem frequentar, bem como os condicionantes ideológicos envolvidos nas promoções, nomeações honorárias e prestígio institucional. O ingresso no Judiciário, embora por concurso público, não caracteriza o juiz como uma pessoa comprometida com a defesa dos direitos fundamentais e da Constituição. A admissão é baseada em pontos esquemáticos, geralmente a reprodução da jurisprudência dominante nos tribunais, sem caráter crítico, sem confronto com a realidade, o que leva a uma reprodução legal como um ato de autoridade. Este compromisso com os atos de autoridade torna mais exigível a submissão aos interesses do poder de turno, já facilitada pela própria filiação do juiz às classes dirigentes ou à elite social. Por meio de uma interpretação livre, a Suprema Corte brasileira, por exemplo, vem revogando ou relaxando as cláusulas pétreas da Constituição, tais como a presunção de inocência e o princípio da legalidade, e hostilizando o poder político parlamentar ao não reconhecer sua imunidade ou independência em certos casos. Além disso, a fim de satisfazer as diretrizes da mídia, a Corte se reúne apenas em casos sem importância, não decidindo questões relevantes relativas aos direitos fundamentais.

Além do Judiciário e de suas tarefas, o Ministério Público tem desempenhado um papel proeminente nos processos de criminalização política. O Ministério Público foi gradualmente entendido como um elemento essencial na administração da justiça, pois é responsável não só pelo processo penal, mas também pela proteção de outros direitos, em geral, das minorias. Devido a suas tarefas, o Ministério Público recebeu em alguns países, como o Brasil, um tratamento semelhante ao do judiciário. Este tratamento foi focalizado na necessidade de que pudesse alcançar seus objetivos sem interferência do poder político. Embora as intenções fossem republicanas, o que tem sido observado na prática é uma distorção da finalidade, pela qual o Ministério Público, cheio de poder e sem qualquer forma de responsabilidade, substituiu as tarefas do poder político, não apenas por meio da criminalização extensiva, mas também prescrevendo atividades a órgãos estatais, atividades que originalmente são de competência exclusiva do poder político. A superposição do Ministério Público sobre a estrutura de poder acabou transformando-o em um órgão de

controle estatal e de orientação moral para os indivíduos, o que não corresponde às suas tarefas constitucionais. Quando se fala do uso da lei como uma guerra jurídica contra o adversário político, não se pode esquecer o abuso de poder do Ministério Público, nem seu papel no próprio processo de execração de seus inimigos. Como no caso do Judiciário, a forma de ingresso no Ministério Público, mesmo que seja por concurso público, não transforma seus membros em defensores do Estado de Direito e da democracia, uma vez que seus membros geralmente pertençam às elites do poder dominante.

B) As regras penais

As regras penais têm sempre um conteúdo prescritivo, que se destina não apenas a proibir ou comandar a conduta, mas também a servir como um fator orientador para aqueles a quem são dirigidas. Neste contexto, o direito penal, como forma de conhecimento, visa delinear elementos que delimitam o poder de intervenção do Estado. A elaboração de um número significativo de elucubrações ou teorias sobre elementos que caracterizam uma conduta como criminosa não faria sentido se não fosse com o propósito de conter o poder punitivo. O Estado de Direito deve, portanto, ser visto, antes de tudo, em termos de proteger as pessoas em sua relação com o próprio poder, e não como uma instituição por direito próprio. Isto torna possível um equilíbrio nas relações entre as pessoas, entre as pessoas e a sociedade, e entre as pessoas e o poder. O princípio da legalidade, que impõe a obrigação, em cada Estado democrático, de definir claramente a conduta que deseja proibir ou comandar, e, também, de impor as respectivas consequências legais para sua comissão ou omissão, corresponde a esta perspectiva de restrição do poder, única forma de garantir a realização de uma sociedade livre, justa e unida.

Sob essas condições, dois princípios básicos de convivência devem ser levados em consideração: confiança e autorresponsabilidade. Em primeiro lugar, na medida em que o Estado esteja em conformidade com os limites estabelecidos por lei para sua intervenção, os indivíduos têm a garantia de que vivem sob um regime democrático, disciplinado por regras às quais deram ou podem ter dado seu consentimento e, portanto, livre para realizar qualquer atividade dentro desses limites normativos. No segundo, o indivíduo é elevado à condição de ser capaz de traçar seu próprio destino na vida, formular ideias e apresentá-las, expressar seu acordo ou desacordo, poder escolher livremente seus representantes ou delegados ao poder.

Se o Estado age de forma não regulamentada ou paternalista, ele viola o pacto de confiança e degrada a pessoa humana ao status de mero objeto de seus interesses, que serão os interesses dos grupos hegemônicos que a dominam. Quando isto acontece, não

estamos vivendo em um estado democrático, mas em um estado de exceção, mesmo que as respectivas constituições mantenham terminologias, conceitos e declarações democráticas.

A condição para que o Estado de direito possa garantir os direitos dos indivíduos é submete seu programa de criminalização a certos limites, capazes de estabelecer uma relação de causalidade material entre o ato e seus efeitos, de tal forma que esses efeitos possam ser avaliados empiricamente.

Além disto, será necessário demonstrar que a criminalização corresponde a um dano real de um direito subjetivo do cidadão. Não basta estabelecer um direito democrático de simplesmente definir a conduta a ser criminalizada, mas sim que esta conduta seja capaz de produzir uma alteração significativa da realidade fenomênica e uma magnitude relevante para a coexistência social. Portanto, incriminações genéricas, crimes de simples comportamento, crimes de perigo abstrato e casos em que não é possível demonstrar um prejuízo a um direito subjetivo são incompatíveis com o Estado de Direito.

A criminalização da política envolve, portanto, limitar as acusações. Se a imputação for baseada unicamente no comportamento, sem que isto produza uma violação de um direito subjetivo ou, como alguns gostariam, de um bem jurídico, será possível criminalizar qualquer atividade política. A criminalização do simples comportamento pode abranger a manifestação do pensamento, os votos no parlamento, as decisões partidárias, as relações amistosas entre o político e outra pessoa, a elaboração de leis que prescrevam descriminalizações ou exculpação, e até mesmo as próprias omissões como se fossem elementos de um processo de corrupção, quando implicam simples negligência ou desatenção política na supervisão da administração.

Como não há nenhum parâmetro empírico para esta forma de criminalização que possa limitá-la, isto torna possível estabelecer um modelo de delito para justificar a acusação. Este modelo de infração mudou com a evolução e de acordo com os interesses. Na Idade Média, foi o crime de bruxaria. Na época das ditaduras militares, que também estavam envolvidas na Guerra Fria, o crime modelo era qualquer ato que pudesse ser associado à segurança nacional, como parte da segurança do Ocidente, sob a influência dos Estados Unidos. Após a Guerra Fria, o crime do tráfico de drogas se desenvolveu e passou a ser o delito modelo, a fundamentar a chamada “guerra às drogas”.

Para caracterizar o ato como contrário à segurança nacional, a prática de uma ação de não-conformismo contra o governo ou a ideologia dominante era suficiente. Assim, greves, manifestações de rua ou de estudantes, registro como membro de um partido político de oposição, uso de botões ou camisetas com fotos ou inscrições proibidas, desobediência ao toque de recolher, viagens a países considerados perigosos, todos esses

atos poderiam ser criminalizados, sem a demonstração de qualquer efeito real sobre a segurança do país.

O crime de tráfico de drogas não tem como objeto um dano efetivo a um direito subjetivo ou a um bem jurídico: ele deve afetar a controvertida saúde pública, da qual ninguém pode entender do que se trata.

A característica básica de um delito modelo, ou delito pretexto, é sua absoluta incerteza quanto à determinação de seus elementos e seus efeitos reais. Esta incerteza reforça a perseguição de inimigos políticos, que podem ser acusados por fatos irrelevantes, mas que correspondem a uma criminalização formal e abstrata. É precisamente esta característica que é relevante para explicar a transferência do modelo de delito de hostilidade para a segurança nacional para o modelo de delito de corrupção.

Como o delito de corrupção não tem um efeito imediato na realidade, mas depende apenas de uma relação funcional, é fácil entender como este delito pode servir de pretexto para todas as intervenções criminosas. No sentido clássico, o crime de corrupção é um crime de contraprestação: o funcionário recebe a vantagem e, portanto, realiza um ato funcional em benefício do corruptor. Na corrupção, portanto, sempre se estabeleceu a necessidade de uma contraprestação por parte do funcionário pela vantagem recebida. Entretanto, esta visão clássica e correta do crime de corrupção não serve aos propósitos da chamada sociedade do espetáculo, que é a de sustentar uma perseguição efetiva do inimigo político sem mais limitações. Para que o processo seja eficiente, será necessário, como está sendo feito para criminalizar a política, mudar a estrutura do crime de corrupção, descartando o ato funcional. Sem o ato funcional, o crime de corrupção não serve como base para uma acusação correta, mas apenas para uma acusação genérica, sem provas e sem a demonstração de dano ou perigo a um direito subjetivo ou a um bem jurídico. Uma acusação sem provas só serve para executar publicamente o acusado nos meios de comunicação de massa.

Se examinarmos todas as formas de crimes-modelo, podemos encontrar um denominador comum: todos eles são crimes de heresia, que são exclusivos para possibilitar a perseguição do opositor. Isto pode ser visto claramente nas cartas pontifícias de Inocêncio III, nas quais a heresia é assimilada ao crime de lesa-majestade, que tinha como característica básica a insurgência contra o poder, como, por exemplo, entrar em contacto com dissidentes.¹¹ Mais tarde, no julgamento contra GIORDANO BRUNO, foi possível ver como o conceito de heresia foi transformado para ser caracterizado como má conduta de vida

¹¹ THÉRY, Julien. Les hérésies, du X^ele au début du XIV^ele siècle, in *Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449)*, ed. Marie-Madeleine de Cevins, Jean-Michel Matz, Rennes: PUR, 2010, p. 373-386.

ou o mau antecedentes do acusado.¹² É verdade que atualmente pelo Código Canônico (Cânone 1321) uma ação só pode ser considerada crime quando viole externamente uma lei, de modo que a relação de imputação seja configurada sob a produção de um efeito grave, o que exclua dessa noção a simples referência aos antecedentes. Pode-se ver, então, que o crime modelo atual, como um crime de efeitos indetermináveis, como a corrupção pretende ser, já não combina com o próprio conceito de crime do Código Canônico, que está ligado a um efeito social e não apenas a uma simples atividade.¹³

Devido à característica de incerteza e à falta de uma alteração sensata da realidade, o crime de corrupção é hoje um delito modelo para a perseguição criminal generalizada e a criminalização da política. A falta de determinação dos elementos e dos efeitos reais da corrupção leva a tratá-la como um crime de honra, ou seja, o que sustenta a acusação não é mais o perigo ou dano à administração, mas a violação da fidelidade funcional, que corresponde ao antigo esquema nacional-socialista de classificar a corrupção como um crime infame.

ZAFFARONI coloca muito bem: “A ideia reiterada de honra está presente em todos os autores nazistas. O reservatório deste elemento foi encontrado no campesinato alemão”.¹⁴ Naturalmente, em nossa região, o reservatório de honra não está mais nos camponeses pobres, mas nos modelos simbólicos da boa burguesia dos países centrais.

Além da corrupção, a lavagem de dinheiro está sendo imposta como um delito modelo, o que, também por ser um simples delito de comportamento, serve como uma acusação genérica, especialmente quando alguém é acusado de autoflagelação, que não é criminalizada em muitos países, como nos países nórdicos ou na Alemanha, mas que está sendo estabelecida como um crime através de um relaxamento do princípio da legalidade. Embora sem prova de contraprestação, ou do chamado ato de ofício, a jurisprudência, com o relaxamento do princípio da legalidade, vem impondo o crime de corrupção como um delito antecedente ao crime de lavagem de dinheiro, o que corresponde a uma dupla acusação simbólica de um dano ou perigo imaginário para o sistema.

Como o conceito de delito modelo é variável, é previsível que a corrupção tenderá a perder importância para o poder punitivo quando os interesses da acusação forem alterados. Em sequência, embora não tenha nenhuma base empírica, o próximo crime modelo

¹² KÖNIG, Andrea. *Giordano Bruno an der Schwelle der Moderne*, Marburg: Tectum, 2003, p. 124.

¹³ RAMÍREZ MONCAYO, Andrés Fernando. *En búsqueda de una teoría general del delito canónico*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 139.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estudio preliminar, in *Helmut Nicolai, La teoría del derecho conforme la ley de las razas*, Buenos Aires: CLACSO, 2015, p. 33.

deverá ser o de filiação ao comunismo, em um processo de restauração de guerras puramente ideológicas.

Com o protagonismo do sistema penal, que é subvertido de acordo com os interesses dominantes, o relaxamento das garantias constitucionais cria a base para a perseguição, prisão e eliminação dos opositores políticos, e até mesmo dos próprios partidos políticos. Destruídos por meio de instrumentos legais manipulados pelo judiciário confiável ao poder, as partes deixam de ser mecanismos de manifestação democrática e passam a operar exclusivamente como auxiliares do próprio sistema autoritário.

C) O poder militar

A norma legal baseada apenas em elementos abstratos não é capaz de sustentar uma criminalização maciça da política. Para que o projeto de dominação se torne robusto, será necessário ter, além de um judiciário confiável, um poder militar que, embora não seja eficaz como no século passado com golpes de Estado diretos, se manifesta simbolicamente como uma ameaça de intervenção, caso determinados atos de proteção de interesses não forem cumpridos. O Brasil é um exemplo claro de tal ameaça simbólica. Quando a Suprema Corte estava prestes a decidir sobre a violação do princípio da presunção de inocência, ou seja, da prisão sem uma condenação definitiva, o comandante do exército fez uma declaração no Twitter, em 04/03/2018, no sentido de que uma decisão que pudesse beneficiar o ex-presidente Lula, neste caso, não seria do interesse dos militares.¹⁵

A ameaça militar, porém, não pode ser entendida como uma ressuscitação das antigas ditaduras. Esta ameaça corresponde exatamente aos interesses dos conglomerados e do poder dominante, que estão contribuindo para uma mutação do próprio Estado em meio à democracia. Isto também é facilitado por normas constitucionais que atribuem a este poder tarefas que não lhe correspondem e que podem levar a uma falsa interpretação de que ele detém o direito de intervir no poder político. Uma das causas desta interpretação é certamente a falta de uma reconstrução democrática e da investigação dos atos das ditaduras, como se deu no Brasil. Aqui nada foi investigado, ainda que fosse com o simples propósito de indicar quem foram os responsáveis pelos desmandos, atos de tortura e de extermínio.

O cientista político MONIZ BANDEIRA, ao tratar das relações da política norte-americana com outros países, expressou-o bem: “O fenômeno político conhecido como nazi-fascismo no século XX pode ocorrer nos estados modernos, onde e quando a oligarquia

¹⁵ <https://jornalggn.com.br/noticia/comandante-do-exercito-pressiona-stf-contralula-e-post-entendido-como-ameaca>.

e o capital financeiro não conseguem mais manter o equilíbrio da sociedade pelos meios normais de repressão, travestidos com as formas clássicas de legalidade democrática, e assumir características e cores diferentes, de acordo com as condições específicas de tempo e lugar. Sua essência, porém, continua sendo um tipo peculiar de regime, que se eleva acima da sociedade, fundado em sistemas de atos de força, com a atrofia das liberdades civis e a institucionalização da contrarrevolução, tanto interna como internacional, por meio da guerra perpétua, visando estabelecer e manter uma ordem mundial subordinada a seus princípios e interesses nacionais favoráveis à sua segurança e prosperidade”.¹⁶

D) A mídia

A transformação do Estado de Direito em Estado de Polícia, de que fala ZAFFARONI fala, como um instrumento para a criminalização da política, também está ligada a um processo de execração pública da oposição. A execração pública de inimigos políticos ou inimigos em geral corresponde a uma fase muito precisa do processo de criminalização, como forma de agravar a execução de punições, desde a Idade Média.

A Idade Média é vista como um período obscuro de nossa civilização, mas parece que a questão fundamental é que o ataque aos inimigos políticos na pós-modernidade é ainda mais grave e ressuscita com mais vigor a velha política de punições infames. Na Idade Média, entretanto, como assinala FREVERT, a política de execração tinha uma limitação: ela era realizada apenas por duas horas, aos domingos e feriados públicos.¹⁷ Na pós-modernidade, com o desenvolvimento da comunicação em níveis muito altos e em grande escala, a execração se perpetua por escrito, em jornais e em sites da Internet, o que reforça a desonra do inimigo. O chamado direito penal do espetáculo é solidificado não mais pela prisão, mas pela divulgação prévia do próprio procedimento de imputação, pela substituição da descrição dos fatos por sua versão manipulada, o que corresponde exatamente ao conceito de necropoder: não são os fatos que importam, é apenas a destruição moral do adversário, em seu corpo e em sua mente.

Consequentemente, por trás do processo de criminalização há o que CASARA chama de pós-verdade, que acrescenta à privação de liberdade também o martírio psicológico do adversário como meio de difundir a crença de que tudo corresponde à realidade.¹⁸ Esta

¹⁶ MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A desordem mundial*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 37.

¹⁷ FREVERT, Ute. *Die Politik der Demütigung, Schauplätze von Macht und Ohnmacht*, Frankfurt am Main: Fischer, 2017, p. 7 e ss.

¹⁸ CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 95.

forma de desonra não é tarefa exclusiva da mídia, não se limita à divulgação do processo, mas se estende também aos próprios órgãos do Ministério Público, com as declarações e entrevistas impróprias dos membros do Ministério Público e dos magistrados sobre eventos sob sua jurisdição, com a escandalosa incursão de batidas policiais, com o uso indevido de algemas em presos que não oferecem o menor perigo e a divulgação de fotos para sua humilhação. Tudo isso se soma a um processo de totalização da desonra, que se agrega ao processo de criminalização, como seu elemento marcante. Isto se torna ainda mais grave quando a mídia é dominada por monopólios, que possuem não apenas estações de televisão e rádio, mas também jornais, revistas e jornais semanais e que constituem verdadeiros partidos políticos.¹⁹

E) A internet e outros meios de comunicação

Se FREVERT aponta que a execração na pós-modernidade é permanente, as redes sociais também contribuem para isso, pois trabalham com dois facilitadores: a falta de necessidade de submeter seus relatórios ao julgamento de refutação ou falsificação, e o anonimato. Como eles não precisam apresentar provas dos fatos, o que ali é afirmado passa como verdade. Como os autores não são identificados, exceto através de procedimentos judiciais específicos que nem sempre são eficientes na reconstrução dos fatos, o anonimato facilita a divulgação de notícias e relatórios falsos, como uma forma de manipulação de opinião em massa. O anonimato, por outro lado, estimula a expressão de sentimentos de ódio, discriminação e preconceitos do adversário.

Mais recentemente, o que vemos são notícias falsas, criadas apenas como uma forma de manipulação de opinião contra o adversário político. A soma dos atos de execução é inestimável porque atinge um número indeterminado de pessoas e não apenas os leitores de jornais ou telespectadores de programas da mídia tradicional ou de noticiários. Não é exagero dizer que as redes sociais agora dominam o processo de desgraça pública.

4 O CONTEXTO FACTUAL E POLÍTICO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Como dizia MAX WEBER, para que o poder seja mantido, é necessário contar com a docilidade dos cidadãos. Isto ocorre de várias maneiras, além das mencionadas acima, que podem ser resumidas da seguinte forma: o poder de um aparelho repressivo, um judiciário

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*, tradução de Juarez Tavares, Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021, 78.

confiável e servil, uma legislação favorável à incriminação dos opositores, a influência da mídia e redes sociais comprometidas. Mas tudo isso não poderia sustentar um Estado autoritário sem o apoio de um contexto factual e político favorável.

A América Latina tem muitas diversidades, mas todos temos uma coisa em comum: éramos colônias imperiais. O processo de subjugação dos povos indígenas começou com vários genocídios, muitos deles bem-marcados, como os dos astecas, maias, incas, patagões e das tribos da costa e da selva brasileiras. E continua com a escravidão dos africanos. Só para dar uma ideia: Brasil começou o comércio de escravos em 1538, quando se iniciara a exploração do açúcar, e só terminou um pouco antes da República, em 1888, por um decreto. Entretanto, os mesmos atos de genocídio também foram cometidos contra os africanos, como aconteceu no Quilombo de Palmares. A escravidão reforça não só a obediência, mas também a própria estrutura política que lhe corresponde. Os escravos são mesmo os principais destinatários das punições mais cruéis e são eles, embora já libertados, que povoam as favelas, guetos e bairros pobres das grandes cidades brasileiras.

A escravidão tem outros efeitos sobre a construção do Estado nacional. Estes efeitos disciplinam uma estrutura política absolutamente excludente, que se desenvolveu desde a independência até os dias de hoje. Se durante o Império, quando os escravos não podiam votar porque não tinham personalidade jurídica reconhecida, a seleção dos eleitores se baseava na riqueza pessoal dos proprietários, o que promoveu a exclusão daqueles com pequena renda. Mais tarde, durante a República, dada a complexidade do processo e os altos custos das campanhas, foi eliminada a participação dos pobres, a grande maioria dos escravos, embora fossem libertados.

As mudanças legais que garantiam aos analfabetos e aos pobres o direito de voto não foram suficientes para mudar sua exclusão social e política. A legislação por si só não é suficiente para garantir um processo de inclusão. É necessário criar outras condições, tais como a entrada gratuita nas escolas e universidades, cursos frequentes de treinamento técnico para a prática profissional e, sobretudo, a divulgação precisa de seus direitos perante o Estado. Além destas condições, existe também a possibilidade real de pessoas dos estratos mais pobres da sociedade terem acesso ao serviço público.

A exclusão dos escravizados da estrutura política do Estado ainda está presente no Brasil, embora formalmente eles não sejam mais escravos, mas pessoas pobres. Para se ter uma ideia de quão grande e persistente é esta exclusão, basta olhar para os dados dos membros do judiciário, em comparação com as estatísticas oficiais. De acordo com dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil tem uma população de 54% de negros e mestiços, e o Judiciário tem entre seus membros 1,5% de negros, 12% de mestiços e 0,1%

de indígenas, o que indica que mais de 84% dos juízes são brancos.²⁰ Também, segundo dados do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes (RJ), o Ministério Público Brasileiro é composto por 77% de brancos, 20% de mestiços e apenas 2% de negros e 1% de asiáticos entre seus membros.²¹

Pesquisando os resultados de mortes violentas nas cidades, podemos ver, segundo dados do Ministério da Saúde brasileiro, que em 2011 foram executadas 49,3 mil pessoas, 71,4% delas negras, o que corresponde a 35,2 mil assassinatos.²² Além dos assassinatos, os dados apresentados pelo Mapa da Desigualdade, um estudo realizado na cidade de São Paulo, mostra que as pessoas que vivem em bairros ricos, como o “Jardim Paulista”, têm uma expectativa de vida média de 79,4 anos, enquanto as que vivem nas periferias, como o “Jardim Ângela”, têm uma expectativa de vida média de cerca de 55,7 anos.²³

Com relação à distribuição da riqueza, de acordo com dados oficiais do Instituto Brasileiro de Estatística, 3 (três) de 4 (quatro) pessoas que vivem em extrema pobreza são negras. Embora de 2005 a 2015 o número de negros acessando os estratos superiores tenha aumentado, uma desproporção entre o número de negros nos estratos superiores e o número de negros nos estratos inferiores aumentou.

A desproporção entre o acesso de negros e brancos ao poder e à riqueza demonstra o alto grau de desigualdade social no país.

Mais de 350 anos de escravidão e, como consequência, mais de 100 anos de miséria, pobreza e exclusão formam uma base sólida para a exploração, capaz de sustentar o próprio poder da vida e da morte.

Quando tentamos verificar a influência deste passado escravista na busca de uma política de exclusão, que em última análise mina a democracia, mesmo ou essencialmente por meio da lei, devemos ter em mente que as declarações de direito não são suficientes em si mesmas. Para que possam proteger os excluídos, é necessário compreender sua dimensão histórica. Como JAMESON diz da crítica literária, «todas as afirmações aparentemente formais sobre uma obra contêm dentro delas uma dimensão histórica oculta da qual o crítico nem sempre está ciente; e daí decorre que deveríamos ser capazes de transformar tais afirmações sobre forma, propriedades estéticas e assim por diante em afirmações genuinamente históricas, se ao menos pudéssemos encontrar um ponto de

²⁰ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86694-pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres>.

²¹ <https://www.ucamcesec.com.br/reportagens/77-do-mp-e-branco-e-70-homem-so-2-e-preto/>.

²² <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/homicidios-no-brasil-71%-das-vitimas-sao-negras, 6e8009c-39f0f5410VgnVCM20000099 cceb0aRCRD.html>.

²³ <https://www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/mapa-da-desigualdade-2017.pdf>

vista correto a partir do qual possamos fazê-lo».²⁴ Assim, uma análise da própria lei, em termos formais, não é suficiente para explicar como procede a destruição de um projeto democrático com o consentimento das próprias partes lesadas. A visão histórica de um longo processo de submissão pode lançar luz sobre a eficácia das formas de cooptar o autoritarismo.

5 A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E AUTORITARISMO NO ESTADO DE DIREITO

O conceito de autoritarismo ou totalitarismo, como TRAVERSO tem apontado,²⁵ sempre foi reservado para a caracterização dos estados nazifascistas do século passado. Após seu abandono ou eclipse a partir dos anos 60, quando foi até utilizado como pretexto para a defesa da liberdade ocidental, o conceito de totalitarismo foi mais uma vez reavivado pelo MARCUSE para demonstrar seu lugar na sociedade neocapitalista, na qual já não é retratado como uma forma de terrorismo de Estado, mas através de uma reificação mercantil do indivíduo, o que justifica a perda do conteúdo dos direitos de liberdade.²⁶

A concepção de MARCUSE, embora possa ser acusada de romantismo, também pode alertar para outra abordagem do autoritarismo nas sociedades democráticas, quando se observa que o poder soberano ainda está equipado com outros mecanismos para manter a estrutura política que atende aos interesses neocapitalistas. Esta é uma ideia que deve persistir. Como diz TRAVERSO, é essencial manter essa ideia firmemente no lugar para evitar que ela seja instrumentalizada contra o indivíduo e para repensar a história e a política.²⁷

Se levarmos esses argumentos para nossa região, podemos ver como o autoritarismo pode estar presente em nossas democracias, que podem garantir um sistema parlamentar através de eleições livres, por um lado, e podem impedir presidentes eleitos, por outro lado. O que é chamado de guerra jurídica é perfeitamente definido pelo MARCUSE, quando ele aponta como sinal de autoritarismo a eliminação do conteúdo das normas, que se tornam válidas apenas como regras ou resoluções formais.

Se olharmos para os três procedimentos de *impeachment* em nossa região, em Honduras, Paraguai e Brasil, podemos ter uma compreensão mais clara de como a democracia, com seus elementos legais privados de conteúdo material, pode ser distorcida para

²⁴ JAMESON, Frederic. *Las ideologías de la teoría*, Buenos Aires: Ex Libris, 2014, p. 162.

²⁵ TRAVERSO, Enzo. *Totalitarismo, storia di un dibattito*, Verona: Ombre, 2015, p. 89.

²⁶ MARCUSE, Herbert. *One-Dimensional Man*, Boston: Beacon Press, 1964, p. 11.

²⁷ TRAVERSO, Enzo. (Nota 23), p. 131.

violar a decisão popular. Nesses três casos, realizados com sucesso pelo Parlamento e pela Suprema Corte, todos os procedimentos formais que formam a base do processo de *impeachment* foram, em termos gerais, seguidos. O que faltava, porém, não era a falta de atenção ao procedimento formal, mas sim a seus elementos materiais.

No Brasil, por exemplo, faltou uma prova da existência de um crime de responsabilidade, que nunca foi cometido pelos proponentes do *impeachment* da presidenta. O processo de *impeachment* não é importante por si só, mas também por suas consequências. Se o processo de *impeachment* puder ser auto satisfatório como um procedimento formal, a construção de uma ordem jurídica sem conteúdo material será o elemento jurídico decisivo para a *destruição da própria democracia*, de acordo com os desejos do poder de turno. Daí a explicação para as novas formas de estados de exceção como instrumentos de intervenção armada parcial.

O caráter autoritário dos regimes políticos na América Latina não se manifesta, entretanto, apenas através de procedimentos de *impeachment*, mas principalmente através de atos que destroem a própria cidadania. Inerente à cidadania está o direito de votar e de ser votado, de eleger seus candidatos e de se candidatar a um cargo político. Entretanto, muitas constituições e até mesmo a própria Convenção Americana de Direitos Humanos admitem que este direito pode ser suspenso pela força de condenações penais (art. 23, 2). Mas esta regra da Convenção está em contradição com sua própria essência, porque simplesmente impede o exercício de um direito humano fundamental, que é o direito à cidadania. O direito de cidadania é uma condição essencial para a estrutura de um regime democrático e não pode ser suspenso por condenações penais. Um criminoso condenado perde apenas um de seus direitos fundamentais, que é o direito à liberdade, mas ele não pode perder seu direito de cidadania. Se ele perde seu direito de cidadania, ele perde sua própria dignidade e, portanto, seu status como pessoa. O Estado democrático não pode remover a personalidade de alguém, não pode tratá-lo como um mero objeto. Além da suspensão da cidadania como resultado de uma condenação criminal, uma situação muito mais grave ocorreu no Chile. Marco-Enríquez Ominami foi impedido de ser candidato à presidência da República apenas por causa de uma acusação do Ministério Público. O pior disso é que o Tribunal Eleitoral do Chile manteve a suspensão de sua cidadania, embora a acusação tenha sido rejeitada pelo Tribunal Penal, o que demonstra a fragilidade da proteção dos direitos humanos em nossa região. Só depois de muitos recursos, conseguiu ele, já tardiamente para sua campanha, inscrever-se como candidato. Este é um exemplo típico do direito contra adversários políticos: uma regra formal é usada para suspender direitos fundamentais.

Há uma última consideração. Se o *impeachment* se sobrepõe à vontade do povo, a destruição da democracia também pode passar sem essa vontade. A eleição de líderes

autoritários, pelo próprio povo, é uma indicação de que as democracias não devem ser vistas apenas em termos da existência de eleições livres, mas em termos da capacidade dos cidadãos de serem capazes de avaliar livremente seu próprio comportamento contra o comportamento dos outros, e de serem capazes de avaliar o comportamento dos outros de acordo com um padrão comum, que leva em conta seus respectivos contextos. Em suma, eles devem ter a capacidade real de avaliar livremente os candidatos de acordo com os programas de solidificação de um Estado de Direito democrático.

Uma democracia, portanto, não pode prescindir de um conceito de pessoa deliberativa, que se afirma como capaz de autocrítica e crítica de suas próprias instituições, ou seja, uma pessoa que não permanece um produto de pura abstração, mas está integrada em um determinado contexto no qual pode se desenvolver. Sem esta capacidade crítica, as eleições só correspondem à vontade da ideologia dominante, que é imposta ao povo através de um processo massivo de cooptação por docilidade. Uma sociedade que é desigual e cooptada pela indução de formas de docilidade não sedimenta uma democracia. É um terreno fértil para sua própria destruição.

6 PROPOSTAS DE SOLUÇÕES

Não é fácil propor recursos para promover a construção da democracia. As soluções são sempre parciais e não podem cobrir todos os problemas que estão em sua raiz. Há algumas medidas que podem, entretanto, mitigar o processo de sua completa destruição. Estas podem ser:

Primeiro, a abolição gradual do processo de criminalização para eliminar o sofrimento de seus alvos e impedir seu uso contra os adversários.

Segundo, a limitação dos poderes militares, como condição inescapável do processo democrático, excluindo-lhes as tarefas de segurança pública, e atribuindo-lhes exclusivamente à defesa do país contra invasões externas.

Terceiro, a redução dos poderes do aparelho judiciário e a reestruturação das formas de ingresso, através da instituição de mandatos temporários à carreira e aos tribunais.

Quarto, a expansão democrática da mídia a fim de garantir a real liberdade de imprensa, com o corte dos monopólios e a introdução de regras de responsabilidade por notícias falsas, o que também deveria se aplicar às redes sociais.

Quinto: acolher o conceito de pessoa deliberativa, como condição básica da democracia, para fortalecer a educação pública, livre e sem censura, que pode alcançar, com

qualidade, todo o espectro do conhecimento e o domínio das ciências, artes e atividades técnicas.

Embora estas sugestões possam ser misturadas com um programa governamental, todas são condições primárias para a eliminação do Estado autoritário e para a construção da democracia. São as condições necessárias para conter os efeitos deletérios das guerras jurídicas, enfraquecendo o estado de exceção e orientando o direito para a real proteção dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- BATAILLE, George. *Lo que entiendo por soberania*, Buenos Aires: Paidós, 1996.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da República*, Livro Primeiro, Capítulo VIII, São Paulo: Icone Editora, 2011.
- CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 95.
- FREVERT, Ute. *Die Politik der Demütigung, Schauplätze von Macht und Ohnmacht*, Frankfurt am Main: Fischer, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Rationalitäts- und Sprachtheorie, in Philosophische Texte*, Frankfurt am Main: Fischer, 2009, Tomo 2.
- HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Mexico: Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- JAMESON, Frederic. *Las ideologías de la teoría*, Buenos Aires: Ex Libris, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KIRSCHNER/MICHAELIS/HOFFMEISTER/REGENBOGEN/MAYER. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Hamburg, 2005.
- KÖNIG, Andrea. *Giordano Bruno an der Schwelle der Moderne*, Marburg: Tectum, 2003.
- MARCUSE, Herbert. *One-Dimensional Man*, Boston: Beacon Press, 1964.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica, biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A desordem mundial*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- RAMÍREZ MONCAYO, Andrés Fernando. *En búsqueda de una teoría general del delito canónico*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

THÉRY, Julien. Les hérésies, du XIIe au début du XIVe siècle, in *Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449)*, ed. Marie-Madeleine de Cevins, Jean-Michel Matz, Rennes: PUR, 2010.

TRAVERSO, Enzo. *Totalitarismo, storia di un dibattito*, Verona: Ombre, 2015.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr, 1922.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*, tradução de Juarez Tavares, Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Estudio preliminar”, in: Helmut Nicolai, *La teoría del derecho conforme la ley de las razas*, Buenos Aires: CLACSO, 2015.

LAWFARE
E DIREITOS HUMANOS

PARTE 8

NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA VERDAD EN TIEMPOS DE *LAWFARE*

*Alejandro Médici*¹
*Juan Cruz Vallefín*²

SUMARIO

INTRODUCCIÓN; EL NUEVO CONTEXTO DE POSVERDAD; *LAWFARE* COMO DISPOSITIVO DE PODER; EL PROBLEMA DE LA VERDAD JURÍDICA; PROCESOS DE MEMORIA, VERDAD Y JUSTICIA; EL LUGAR DE LA VERDAD EN UNA PERSPECTIVA JURÍDICA CRÍTICA; PENDIENTES: NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA VERDAD; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo presentamos algunas ideas sobre la relación entre *lawfare* y construcción judicial de posverdad jurídica procesal. Para ello, recorreremos sintéticamente distintas concepciones acerca de las relaciones entre derecho y verdad, así como aquello que se entiende por “verdad jurídica”. En este empeño, rescatamos una visión contextualizada de la importancia del cognoscitivismo jurídico y el garantismo como dimensiones negadas por las prácticas del *lawfare* en la construcción de “verosímiles” jurídico procesales. A partir del contraste entre *procesos de memoria verdad y justicia* para juzgar a los

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Dirección para correspondencia: medici.alejandro@gmail.com ORCID: 0000-0002-9409-8744

² Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata ORCID:0000-0003-3534-1940

responsables de delitos de lesa humanidad en la Argentina con las *prácticas de lawfare*, pretendemos rescatar nuevas dimensiones actuales del derecho a la verdad. Asimismo, nos atrevemos a afirmar que los desafíos de las prácticas de *lawfare* requieren del uso crítico del derecho; de las prácticas de abogacía popular, y de una mediación de proyectos democráticos e igualitarios de transformación social que valoricen las posibilidades de cognoscitividad y garantías procesales formales en la construcción de verdades jurídicas y judiciales. Este conjunto abre líneas para pensar algo que, por extensión y dedicación, excede las posibilidades de este breve trabajo, más centrado en vincular la necesaria discusión sobre la reforma del poder judicial como servicio de justicia en una sociedad democrática con las garantías de no repetición del *lawfare*, en torno a las formas de evitar la arbitrariedad procesal de los jueces, y la forma en que se procura una “verdad judicial” de manera secundaria.

Esto, por supuesto, es un aspecto específico del problema mucho más amplio y exigente de la reversión del dispositivo de poder colonial que estamos tratando.

EL NUEVO CONTEXTO DE POSVERDAD

Actualmente, se puede reconocer la irrupción de un nuevo escenario cultural que parece amenazar la veracidad pública y el desarrollo de las capacidades epistémicas de la ciudadanía. Los regímenes de verdad modernos estarían dando paso a regímenes de posverdad, caracterizados por la proliferación de mercados de verdad segmentados; por el control reticular de la atención y la opinión públicas, así como por la difusión instantánea de hechos alternativos y rumores inverificables, pero que, sin embargo, al dispararse a públicos cautivos y creyentes, en distintos formatos, resultan verosímiles.

Los regímenes modernos de construcción de verdad, se basaban en un plexo organizado de aparatos ideológicos, políticos y económicos (como los medios de comunicación, la institución universitaria, los sistemas educativos o la industria cultural), discursos y disciplinas científicas, así como criterios y posiciones de sujeto dominantes con la capacidad de arbitrar la verdad, producir e identificar los discursos competentes, controlar su adquisición y reproducirla masivamente (Harsin, 2015). En cambio, los regímenes de la posverdad surgidos en las últimas décadas se asocian a nuevos formatos de tergiversación informativa, sin posibilidad de apelar a alguna autoridad verificadora, alguna fuente epistémica fiable o una forma de organizar la *veredicción* y la *confirmación*, siendo un ejemplo clave los memes virales o los rumores fugaces en internet.

Por otra parte, esos procesos se contextualizan en un escenario de globalización de los medios y de desregulación de los mercados, de manera que las audiencias masivas

de la industria cultural (que generaban también propuestas críticas de un Nuevo Orden Informativo Mundial, o propuestas de ética a partir del ideal de una comunidad universal de comunicación), dan paso a audiencias “burbuja” dispersas, archipiélagos interactivos pero paradójicamente (in)comunicados, cuyas prácticas de producción y consumo de información aparecen segmentadas a través de numerosos mercados informacionales y flujos de opinión relativamente autónomos, autorreferentes.

Bajo la apariencia de la autoexpresión horizontal y generación autónoma de contenidos, estos formatos de posverdad introducen modalidades relativamente novedosas de formación de agenda y control de las audiencias, por medio del cálculo de los mercados de la verdad y herramientas descentradas de individualización precisa, tales como los algoritmos predictivos y la analítica de datos en tiempo real. Como resultado, se induce un marcado escepticismo hacia las regulaciones epistémicas, los saberes disciplinares y las autoridades culturales, y se multiplican las pretensiones de validez y los hechos alternativos, en desmedro de las opciones de verificación. Se generan múltiples y heterogéneos códigos que crecientemente se desvinculan de las pretensiones de verdad, validez y sinceridad, potenciando la comunicación distorsionada verosímil. Así, tienden a reproducir y reforzar los hábitos de información y consumo de los “prodestinatarios” y al mismo tiempo distanciarlos de miradas abiertas a la diversidad y complejidad del mundo.

No queremos extendernos más en este diagnóstico numerosas veces estudiado. Sólo mencionar que el actual contexto reproduce y multiplica en cada segmento de consumidores, aquello que Adorno y Horkheimer (1969) -en referencia a industria cultural moderna- habían calificado como *esquematismo* y *conformismo* estandarizado en forma agravada, dados los formatos de verosimilitud dirigidos focal y calculadamente a los hábitos, emociones. Una psicopolítica que actúa en un nivel preconsciente y prerreflexivo (Han, 2014), con la consiguiente tendencia a la colonización de la subjetividad (Merlín, 2017). La multiplicación de estas islas de información y consumo, genera una pérdida de visión holística o de totalidad. La crisis de los grandes relatos, la devaluación de la idea de verdad como adecuación, coherencia, índice o grado de realidad, advertida e incluso a veces celebrada por las filosofías posmodernas, resulta una profecía cumplida en el actual contexto de regímenes de posverdad.

Simulacro y economía política de los signos (Baudrillard, 1976; 1978) a través de los mercados de datos hipersegmentados y especializados, profundamente vinculados a una etapa de la acumulación de capital a escala global, se hacen realidad en el nuevo contexto con consecuencias políticas y jurídicas regresivas, o al menos fuertemente cuestionadoras de las utopías de la sociedad de la comunicación postindustrial.

LAWFARE COMO DISPOSITIVO DE PODER

En ese marco, aparece la novedad de lo que ha sido denominado como *Lawfare*. No es novedoso el uso del poder judicial para la persecución de los enemigos políticos, sino el contexto de información y comunicación basado en la posverdad y las articulaciones entre redes sociales, medios de comunicación, fuerzas políticas neoliberales, segmentos del estado, geopolítica, diplomacia, sectores del poder judicial. Esta conjunción implica más que una mera red que articula nodos en instituciones y actores sociales. Por dos motivos:

1. Articula saberes, ordenes normativos, espacios diversos: verosímiles (fake-news), formatos (diversos de comunicación), normatividades sustentadas en fundamentos morales y jurídicos, temporalidades (el vértigo de la difusión de las noticias por redes y medios, el intermedio de los efectos en la construcción de prioridades de agenda, el más dilatado de los procesos judiciales, y el político de los calendarios electorales).
2. Toda esa complejidad y heterogeneidad de instituciones, actores, saberes, tiempos y espacios revelan, vistos en perspectiva, un efecto estratégico de poder. La deslegitimación de las oposiciones (desde el llano o en el gobierno) a las políticas neoliberales y a la alineación con los objetivos e intereses del hegemon continental.

Por lo tanto, si bien resulta dificultoso identificar un nuevo cosmos, orden o un nuevo complejo estado/sociedad nítidamente diferenciable, como por ej., lo eran en nuestra región las dictaduras militares o estado burocrático autoritarios de terrorismo de estado de la época de la doctrina de seguridad nacional, sin embargo, no estamos ante un caos azaroso. Las analogías en las prácticas de uso del poder judicial para deslegitimar alternativas y liderazgos frente al neoliberalismo en Brasil, Ecuador, Bolivia, Colombia, Argentina, Paraguay, etc., revelan que esta articulación es por lo menos, caós mica.

Estas prácticas que describimos toman coherencia al ubicarlas en un escenario que exhibe un repertorio de acciones posibles para la reproducción de la hegemonía continental en el marco histórico actual, donde *lawfare* se inserta en un conjunto de posibles junto a los llamados golpes institucionales (Honduras, Paraguay o Brasil), o incluso golpes en sentido más tradicional (el caso de Bolivia en 2019/2020), presiones (el intento de desconocer el resultado de las elecciones en Perú 2021), represiones militarizadas y masivas de las fuerzas estatales y/o para estatales sobre las movilizaciones y organizaciones populares (Colombia, Ecuador y Chile en 2019), desestabilización, bloqueos económicos (Cuba, Venezuela). Por todas estas características venimos insistiendo en calificar a las prácticas de

lawfare como un dispositivo de poder en el sentido foucaultiano del término (Foucault, 2000; Médici, 2011).

Resumiendo esta comprensión que aplicamos al entramado práctico del *lawfare*, podemos decir que:

- 1) El dispositivo es una red de relaciones que se pueden establecer entre elementos heterogéneos: discursos, instituciones, espacios, arquitectura, normatividades positivas (leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias) y morales, enunciados científicos, lo dicho y lo no dicho, lo dicho y el decir.
- 2) El dispositivo establece la naturaleza del nexo que puede existir entre esos elementos heterogéneos, por ejemplo, en el plano de los discursos como programa institucional, como justificador u ocultador de unas prácticas, como interpretación racionalizadora de prácticas.
- 3) Es entonces una formación de elementos heterogéneos pero que responde a una finalidad, tiene unos fines y unos efectos estratégicos.
- 4) Una vez constituido, permanece en una tensión de continuidad/ruptura, refuncionalización, efectos no previstos, incidencia de coyunturas azarosas, crisis finales o que producen cambios, etc. No hay una predeterminación unívoca, un *a priori* proyectivo de los dispositivos, sino que estos pueden trazarse en su cambio y permanencia, en sus constantes y sus transformaciones, *a posteriori*, por medio de una genealogía que los ubique históricamente en su campo de luchas.
- 5) Los dispositivos enlazan una cierta forma de relación entre saber, poder y verdad. Construyen regímenes de verdad. Es decir, en la mirada de Foucault, la episteme, las tecnologías de poder, y la verdad no pueden sino comprenderse relacionamente y en contextos.

Esto nos interesa muy especialmente porque los dispositivos de *lawfare* se dan, como vimos más arriba, en el contexto que hemos definido y descrito sintéticamente en sus notas esenciales como de “posverdad” y supone una crisis de las formas de comprender las relaciones entre “derecho” y “verdad”, en especial en el ejercicio del poder judicial penal. Una suerte de “posverdad jurídica procesal”. Para comprender esto es preciso hacer un mapeo rápido de las relaciones entre “verdad” y proceso judicial. En especial aquellos procesos que instrumentan la función punitiva del estado. Además, este dispositivo de poder entendido contextual e históricamente se ubica en un marco de asimetrías y hegemonía continental de agendas diplomáticas tramadas entre el hegemón regional, sus políticas de

seguridad continental, definición de “nuevas amenazas” y contextos de “guerras irregulares”, sus intereses económicos y los regímenes neoliberales de la región. Por ejemplo, típicamente los que se agrupan en el Grupo de Lima. A esto hay que sumarle la presencia de la Secretaría General de la OEA, que actúa en forma sesgada en materia de derechos humanos y democracia como quedó demostrado en su actuación en la situación previa y posterior al golpe de estado llevado adelante en el Estado Plurinacional de Bolivia entre 2019 y 2020.

Por otra parte, existe una subdiplomacia de encuentros de formación y diálogo para combatir las “nuevas amenazas” a la seguridad continental como el narcoterrorismo y la corrupción que involucran a jueces y periodistas “independientes”, no obstante empleados de los grandes oligopolios multimediales de la región, que hacen parte importante del dispositivo. Por todo esto existe un marco de hegemonía y geopolítica continental que tiene un repertorio de acciones. Golpes de estado institucionales, golpes de estado más clásicos como el de Bolivia, campañas mediáticas, criminalización de la protesta social y de las organizaciones populares, a las que se ha agregado ahora la práctica del *lawfare*.

La colonialidad o colonialismo tardío del dispositivo tiene que ver entonces con todo lo que afecta la autodeterminación democrática de los pueblos de la región, es decir, la deslegitimación y proscripción de los liderazgos de las organizaciones populares, la criminalización de la protesta social, e indirectamente los derechos sociales, culturales y ambientales al desorganizar el campo popular y favorecer regímenes neoliberales.

EL PROBLEMA DE LA VERDAD JURÍDICA

Hoy es un lugar común el reconocimiento, como mínimo, de una distancia entre la “verdad real” y la “verdad penal o procesal”, esto es, la narración de la verdad construida en los procesos judiciales. Esto abre todo un campo de problemas que son más evidentes y urgentes a la hora de considerar el ejercicio de la punición estatal en los procesos penales. La sospecha acerca de la construcción de un régimen de posverdad jurídico penal como uno de los componentes del dispositivo de poder que estamos denominando *lawfare*, justifica una necesaria revisión breve de las posiciones respecto a la relación entre proceso judicial y verdad.

Básicamente la “verdad judicial” está constituida por los hechos probados en la causa a través de distintos medios de prueba disponibles: testimonial, documental, informativa, pericial, constataciones, etc., y en su caso, hasta por la propia declaración indagatoria del imputado (Wlasic, 2010). Una primera forma de aproximación tiene que ver con las posturas centradas en la comprensión. La verdad es siempre una construcción social

de sentido que remite a un horizonte de comprensión vinculado al ser en el mundo. Por lo tanto, desde los prejuicios se explicitan tradiciones comprensivas que hacen que existencia, mundo y sentido sean siempre contextos necesarios de las verdades.

En esta tradición comprensiva, abrevando en la fenomenología husserliana, se ubica Carlos Cossio. El autor de la “teoría egológica del derecho” explica que la objetividad deviene no, o no solamente, ni centralmente, de una fuerza constrictiva de los hechos verificada científicamente y descrita legalmente que se aplica silogísticamente al caso, siendo el juez la mera “boca de la ley”, en términos del célebre adagio de Montesquieu. En la estela de Husserl, lo objetivo en materia de construcción de la verdad en el “derecho judicial”, viene a ser lo intersubjetivo trascendental. En tanto Cossio, como es sabido, comprende el objeto del derecho y de la jurisprudencia como conducta en interferencia intersubjetiva, la perspectiva no puede ser solipsista. Incluso el juez actúa en un marco institucional que hace que su mirada no sea solitaria sino que su objetividad se produce en un proceso necesariamente intersubjetivo, como garantía de objetividad. Así las reglas contradictorias, de producción de pruebas, van enlazando la subjetividad del juez en el conocimiento de las posiciones de las partes, de los hechos, del derecho aplicable.

Si no hay intersubjetividad en el punto de vista, no vamos a poder hablar nunca de lo objetivo; y lo objetivo en su desarrollo será aquello que es así para mí, para ti, para todos los demás; siendo claro que este acuerdo posible sobre el objeto, presupone la intersubjetividad del punto de vista. (Cossio, 1945)

La jurisprudencia orienta en la secuencia comprensiva del sentido de la interpretación de los hechos llevados a juicio en condiciones de analogía, es decir, la predictibilidad y un cierto grado de uniformidad de la jurisprudencia, proceden de convenciones implícitas o explícitas entre los jueces (y entre los juristas en general), que dan a las reglas y principios jurídicos determinadas interpretaciones ampliamente compartidas. Pero existen siempre casos no previstos, cambios históricos del mundo contextual que inciden en las valoraciones morales y jurídicas. Existe siempre, dejando todas las demás variables constantes, un margen de potestad de los jueces que hace a su subjetividad; el lugar de todas las posibilidades de equidad en relación con las circunstancias del caso, pero también, como veremos a propósito de los problemas que nos ocupan, de arbitrariedad.

Yendo más allá, con una pretensión de superación de la comprensión existencial, fenomenológica y hermenéutica (cuyas variantes en detalle exceden el tiempo y objeto de este trabajo), podemos ubicar la teoría discursiva del estado constitucional y democrático de derecho de Jürgen Habermas. El filósofo emblemático de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, supone la “racionalización de los mundos de vida”, donde las preten-

siones argumentativas de verdad fáctica, corrección o validez normativa moral o jurídica, y sinceridad, se potencian a través de la acción comunicativa, esto es, la centralidad de esas funciones del lenguaje en la coordinación e institucionalización de las interacciones sociales.

Concretando estas premisas de su “Teoría de la Acción Comunicativa” (Habermas. 1981), en su estudio sobre el derecho y el estado de derecho en términos de una teoría del discurso, que se desarrolla especialmente en “Facticidad y validez” (Habermas. 1998), comprende la democracia constitucional como la institucionalización de espacios de deliberación pública para la creación de normas discursivamente consensuadas y democráticamente legitimadas.

Así la soberanía popular “postmetáfisica” no puede sino construirse como espacios gradualmente institucionalizados de deliberación y fundamentación de normas. Empezando por la sociedad civil, la participación y la deliberación y la construcción de la agenda y opinión públicas por ciudadanías activas e informadas, pasando por las formas de democracia semidirecta, los órganos legislativos que son reinterpretados en términos de espacios de deliberación acerca de las leyes, y sólo subsidiariamente como decisiones de mayorías y minorías; la administración pública reflexiva y abierta cognitiva y deliberativamente a la participación ciudadana y en lo que nos interesa, el poder judicial como poder no de fundamentación, sino de aplicación del derecho legítimo democráticamente, previamente consensuado en esos espacios de deliberación pública.

Entonces, “mientras que el legislador, en la interpretación de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la justicia sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con “el derecho y la ley”, con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares” (Habermas. 1998). Esto vale incluso para los Tribunales Constitucionales (aquí tiene en mente especialmente los modelos de control concentrado de constitucionalidad). Su función primordial en la visión de este autor, es garantizar las condiciones de los procedimientos democráticos deliberativos en la formación y aplicación de las leyes.

Entonces el proceso judicial para Habermas participa de la deliberación pública y tiene carácter democrático en tanto se aseguran las características del proceso que institucionalizan la isonomía o igualdad de las partes en la argumentación de los hechos y del derecho, la racionalidad en la producción de pruebas, las posibilidades de apelación para reabrir el debate sobre hechos y derecho, la justificación argumentativa exigente de las sentencias en pretensiones ajustadas al caso. En todas esas instancias y otras, los procesos judiciales deben asegurar la calidad de la comunicación jurídica como pretensiones de verdad fáctica, de validez sobre las normas que deben aplicarse, de equidad en las circunstancias del caso, de racionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales fundadas.

El carácter normativo, no histórico, y reconstructivo de la propuesta habermasiana no tiene en cuenta las desigualdades sociales, económicas, de poder, por las que se producen distorsiones sistemáticas en la construcción y definición de problemas de la agenda pública, ni la conjunción de intereses económicos y sociales con estructuras de comunicación oligopólicas tan endémicas en la producción cultural e informativa mundial, y en especial, en nuestra región. Tampoco tiene en cuenta debidamente los condicionantes a la intersubjetividad de los interpretes judiciales desde el punto de vista de intereses, prejuicios, condiciones sociales.

En realidad, el optimismo acerca de las condiciones de competencia comunicativa de los sujetos en sociedades tardomodernas, hace que termine siendo demasiado entusiasta a la hora de pretender un modelo superador de las objeciones a la subjetividad moderna y esto cabe también para las instituciones, los procesos y las subjetividades de la actividad judicial. De ahí que prácticas como las que estamos intentando comprender críticamente aquí, de *lawfare*, vendrían a ser dolorosas desmentidas en condiciones que Habermas tematiza muy escasamente de “comunicación sistemáticamente distorsionada”, y de grave afectación del estado de derecho democrático.

La “colonización” de los “mundos de la vida” por los medios de comunicación “deslinguistizados” (dinero y poder) que, en las partes más críticas de su “Teoría de la Acción Comunicativa”, Habermas considera, como parte de la dialéctica sistemas/mundo de la vida, son, todavía, diagnósticos filosóficos en un plano abstracto.

En nuestra región, y en los contextos en que se pone en práctica los distintos aspectos del *lawfare* que estamos analizando, el campo semántico de los términos “colonización”, “colonialismo”, “colonialidad”, son mucho más abarcadores, diversos y concretos, como hemos visto al adjetivar así a este dispositivo de poder. En las posiciones críticas de la actividad interpretativa judicial, se expande la idea de la centralidad del momento de decisión de los jueces, de la amplitud de su potestad en ese momento diferencial que condensa las actividades de conocimiento fáctico y normativas del proceso. Con ello idea de la indeterminación del derecho, sea en el realismo jurídico, sea en las versiones de la corriente Critical Legal Studies (CLS en adelante), las condiciones contextuales que permiten impugnar la idea de la subjetividad del juez como una suerte de Hércules que sería el agente de conocimiento del derecho aplicable, de la verdad de los hechos y de la equidad en la consideración de las circunstancias del caso, se amplían. También se dilatan las consideraciones acerca de la arbitrariedad y selectividad social, sexual, racial conscientes o inconscientes en las decisiones judiciales. Para los CLS, por ejemplo, esa indeterminación no proviene apenas de la pluralidad de reglas posibles a los casos concretos, ni solamente de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, sino de los conflictos de intereses po-

líticos y económicos que se producen también en el campo jurídico. Es decir, de un grado de politicidad del derecho siempre irreductible (Perez Lledó. 1996).

La criminología crítica, en distintas vertientes de fundamentación, ha desarrollado todo un corpus teórico relativo a estos temas, basada en el análisis del ejercicio judicial del poder punitivo del estado. En estas posiciones la posibilidad de llegar a una verdad judicial penal aparece claramente devaluada y matizada por la selectividad y arbitrariedad del proceso de prisonización como medio de control social de los grupos subalternizados.

Como hemos visto a propósito de la caracterización de las prácticas de *lawfare*, Foucault, construye un diagnóstico que nos resulta mucho más útil como caja de herramientas a la hora de comprender la articulación estratégica de la diversa fenomenología que concurre en este dispositivo (posverdad, big data, construcción de subjetividades, geopolítica, diplomacia, segmentos del poder judicial y del estado, regímenes neoliberales). En este marco Foucault propone “deconstruir” el sentido de los regímenes de verdad analizando su nacimiento histórico y su vigencia o desactualización. La etapa arqueológica se vincula principalmente al estudio de las epistemes, mientras que la genealógica vincula saber y poder en dispositivos, y permite entender también la reversibilidad, las luchas.

Donde hay poder, hay resistencias. No obstante, si una investigación acerca de las prácticas llamadas de *lawfare*, pretende ir más allá del diagnóstico, para construir alternativas de superación y garantías de no repetición, de construcción de un servicio de justicia transparente, responsable e imparcial, de afirmación del estado democrático y social de derecho en la región, de obtención de márgenes de autodeterminación que trasciendan la colonialidad, hace falta ir más allá de la descripción minuciosa de los dispositivos que la caja de herramientas foucaultiana nos provee.

Es aquí donde una apuesta por el fortalecimiento de las garantías del debido proceso, apuestas sólidas, no ingenuas por la posibilidad relativa de construir verdades procesales y limitar la arbitrariedad y utilización del poder judicial como arma política, pensada en contexto histórico de procesos posneoliberales en la región, requiere recuperar las dimensiones del garantismo, pero en el marco de una suerte de “contradispositivo de poder”, o mejor un dispositivo de empoderamiento democrático para construir un servicio de justicia propio de un estado social de derechos.

Para eso repasaremos brevemente los postulados cognoscitivistas de Luigi Ferrajoli para ubicar su utilidad, no absoluta, no como cierre, sino para abrir problemas y aspectos específicos con vistas a, tendencialmente, superar los contextos y prácticas de *lawfare*. En “Derecho y razón” (1998), el autor define al garantismo como “un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar [...] el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por lo tanto, de limitación de la potestad punitiva y de

tutela de la persona contra la arbitrariedad”. Este modelo consta de dos elementos fundamentales constitutivos:

- a) La definición estricta, concreta, taxativa de la conducta no deseada por una convención expresada formalmente en la ley penal (en sentido formal) en forma típica, de forma tal que se punan conductas y no categorías de personas en forma arbitraria y/o discriminatoria. Se trata, dice Ferrajoli, en el convencionalismo penal, de una concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier connotación ontológica, o extralegal. De esta forma, la ley sólo puede calificar penalmente relevantes comportamientos específicos empíricos determinados, identificables con exactitud y adscribibles a la culpabilidad de los sujetos. A esto lo denomina criterio de estricta legalidad de la ley penal. Por lo tanto, las leyes penales sólo pueden ser regulativas, no constitutivas de los delitos.
- b) Comprobación en proceso judicial de los derechos y de los hechos de forma racional a través de las garantías procesales. Aquí aparecen las notas de cognitivismo penal y estricta jurisdiccionalidad, en la desviación concreta de la conducta punible, relacionada a razones de hecho y de derecho, a través de dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan verificar o refutar la imputación.

Es decir, para que el delito no sea constituido en vez de regulado, no alcanza que esté previsto por reglas de comportamiento. Los comportamientos adjetivados: “asociación ilícita”, “traición a la patria”, “acto obsceno”, “resistencia a la autoridad”, corresponden a figuras delictivas “en blanco”. Dada la indeterminación de sus definiciones legales, remiten mucho más que a pruebas, a valoraciones discrecionales de los jueces que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible.

Para satisfacer las estrictas legalidad y jurisdiccionalidad, tanto la ley como el juicio penal deben tener carácter reconocitivo y cognoscitivo respectivamente, de las normas y los hechos por ellas regulados. Además de la estricta legalidad del tipo penal taxativo (aquí es preciso recordar siempre, máxime en contextos de punitivismo y *lawfare*, que se trata de la descripción unívoca de un hecho denotado como delito, por la ley y por la hipótesis de acusación que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial *-nullapoena et nulla culpa sine iudicio-*). Para que el juicio penal no sea apodíctico, sino basado en con-

trol empírico, las hipótesis acusatorias deben ser sometidas a verificación y expuestas a refutación, convalidadas sólo si se apoyan en pruebas y contrapruebas -nullum iudicium sine probatione-. De ahí se deriva un modelo normativo exigente del proceso penal como proceso de cognición o comprobación. Tiene el carácter de un proceso de tipo inductivo, que excluye las valoraciones lo más posible y admite sólo aserciones o negaciones -de hecho o de derecho- de las que sean predicables la verdad o falsedad procesal -*veritas non auctoritas facit iudicium*-.

Por eso para Ferrajoli, la actividad jurisdiccional penal, debe entenderse como *ius dicere* y no *ius dare*. Por lo tanto, diversa de la actividad gubernativa, administrativa, legislativa, motivada por aserciones con pretensión de veracidad y por prescripciones. De ahí que básicamente en su perspectiva consista en un (re)conocimiento de la ley y un conocimiento de los hechos. Todo esto para ir a nuestro foco: entonces una justicia penal debe ser, en alguna medida relevante, con “verdad”, basada sobre juicios penales cognoscitivos (de hechos) y recognoscitivos (de derecho). Basarse en la certeza y no en la arbitrariedad. Pero el propio Ferrajoli reconoce que este es un modelo límite, ideal, nunca totalmente realizable. Tanto lo “verdadero”, como la “verdad” exigen decisiones dotadas de márgenes relativos de discrecionalidad (Ferrajoli, cit., p.38). Entre el logocentrismo del modelo ilustrado de aplicación de la ley por su “boca” que es el juez como mero acto de (re)conocimiento legal y fáctico, que deviene utópico y el relativismo decisionista de reducir la aplicación de la ley penal a un acto arbitrario de voluntad y ejercicio del poder, Ferrajoli ubica un cognoscitivismo posible en un marco de tensión. Una forma de relación entre verdad y formas jurídicas (Foucault, 1996) que reduzca el ejercicio arbitrario del poder desde la aproximación a una construcción jurídica de la verdad, que todavía apuesta por la racionalidad y el conocimiento. En ese camino liga las garantías procesales al proceso de conocimiento como vínculos al ejercicio del poder de juzgar para reducir su arbitrio.

Actividad judicial, que se califica entonces, en una mirada abarcadora, como “poder” judicial, mantiene espacios de poder específicos que vale tener en cuenta y enumerar porque es su exorbitación, o dilatación, la que genera la arbitrariedad, discriminación y el autoritarismo en el ejercicio de la función judicial en general, y en lo que a nuestro problema respecta, es decir, las prácticas que han sido convencionalmente denominadas como *law-fare*. Los ámbitos de poder específicos de la actividad judicial, tienen que ver entonces con: el poder de denotación que hace a la interpretación jurídica, el de comprobación probatoria que hace a la verificación fáctica, el de connotación, donde entran los factores de equidad vinculados a las circunstancias de casos, y finalmente, el poder de disposición es decir el enmarcamiento y valoración ético política.

Estos espacios de “poder”, que hacen al poder judicial un poder del estado, nos recuerdan que el modelo garantista ilustrado en su versión clásica tiene carácter ideal y

hasta utópico. Pero, al decir de Ferrajoli, no impiden que dicho modelo, convenientemente redefinido, puede ser satisfecho en mayor o menor medida según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas. Al mismo tiempo, es necesario distinguir en su inaplicación, los límites intrínsecos, es decir, los márgenes insuprimibles de opinabilidad en la interpretación de la ley, en la argumentación de las pruebas y en la valoración de la especificidad de los hechos, de aquellos que son resultado de la arbitrariedad, en el terreno legislativo y judicial y que son por lo tanto identificables y evitables, como los que surgen de prácticas de *lawfare* y análogas.

En especial pensando en el poder de disposición vinculado a esas prácticas que motivan esta investigación, resulta al decir de nuestro autor un producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder: de denotación jurídica, de verificación fáctica y de connotación. Justamente por eso, el poder de disposición arbitrariamente ejercicio tiene a romper el vínculo que existe entre el conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo garantista siquiera parcial y tendencial.

La afectación del postulado de estricta jurisdiccionalidad tiende a la acentuación hasta los límites de la arbitrariedad del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. De esta forma, el juicio penal degenera en juicio sin verdad: no motivado por juicios de hecho, es decir, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables, dado que por su naturaleza no son verdaderos ni falsos, no basado en procedimientos cognoscitivos y, por ello, no expuestos a controles objetivos y racionales, sino a decisiones potestativas, no realizado mediante reglas de juego (como la carga de la prueba y el derecho de defensa), que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y en la “verdad sustancial” que ellos poseen. Por eso las prácticas de *lawfare* se vinculan con lo que Ferrajoli denomina el “juicio penal potestativo”, de naturaleza autoritaria por oposición al cognoscitivo, de carácter al menos tendencialmente garantista de la libertad e igualdad de las personas.

Se trata entonces siempre del ejercicio del poder judicial penal como un saber/poder tensionado entre dos epistemologías judiciales distintas, en los extremos de esa tensión encontramos una justicia penal como verdad absoluta que constituye una utopía. Pero también un horizonte al cual tendencialmente un servicio de justicia en una sociedad democrática debe siempre tender a acercarse, satisfaciéndolo en el mayor grado posible. En el otro extremo, una justicia penal “sin verdad” nos lleva por un camino que desciende a formas arbitrarias y autoritarias. Sendero en el que encontramos, sin duda, las prácticas que han sido denominadas como *lawfare*. Resumiendo podríamos contrastar algunas

de las características de un modelo penal garantista y cognoscitivista propio del servicio de justicia en una sociedad que pueda adjetivarse como estado democrático y social de derecho y otro propio del modelo potestativo arbitrario en el que sin duda, se ubican las prácticas de *lawfare*.

Cuadro 1: Comparativa conceptual entre Cognoscitivismo y Decisionismo	
COGNOSCITIVISMO	DECISIONISMO
Comprobación	Valoración
Prueba	Inquisición
Razón	Voluntad
Verdad	Poder

Más allá de las posiciones teóricas sobre la verdad jurídica, debe siempre tenerse en cuenta el contexto histórico político que incide en la comprensión y en la práctica del campo jurídico en forma inevitable. Por lo tanto, un cognitivismo jurídico formal puro es, como explica Ferrajoli, imposible. Existen márgenes insuprimibles, aunque reductibles, controlables, de opinabilidad de la verdad jurídica. El modelo cognitivista racional formal, articulado prácticamente por las garantías procesales, funciona como un horizonte hacia el cuál la práctica jurídica se acerca más o menos en cada caso. Si bien todas las posturas revisadas brevemente en los marcos de este trabajo en torno a la construcción de la verdad jurídica procesal reconocen un modelo al cuál las experiencias reales e históricas concretas se acercan más o menos.

De entre ellas, preferimos dejar de lado las posiciones demasiado optimistas, también las abiertamente escépticas, que instrumentalizan las formas jurídicas en función de las posiciones de clase, sexo, etc., de los jueces, o que descreen filosóficamente de la verdad en derecho, porque sería una de las grandes narrativas y promesas incumplidas de la modernidad. Estas perspectivas nos dejan con gran capacidad de diagnóstico crítico pero indefensos prácticamente frente a la realidad de los contextos de *lawfare* que sufrimos.

Por eso aquí, haremos un intento de asumir el garantismo en forma controlada dentro de un contexto más amplio que remite a la tarea de reversión del dispositivo *lawfare*. Así como este es heterogéneo, también los tiempos y lugares de su necesaria reversión involucran esfuerzos que trascienden la forma de construcción de la verdad jurídico procesal. Requiere pensar los formatos constitucionales, la arquitectura institucional del poder judicial, las garantías del derecho humano a la comunicación activa y pasiva y el acceso a

la información en contextos estructurales de posverdad, concentración mediática y utilización de las redes sociales en base a *big data* y *fakenews*. Se trata de un modelo que, puesto en contexto y vinculado a las mejoras y controles rigurosos en el proceso de selección de los jueces (en el caso argentino empezando por los federales), en el no menos riguroso control de las formalidades exigidas para el traslado de jueces entre fueros, instancias y competencias territoriales, en la transparencia y responsabilidad de los vínculos formativos de los y las magistrados/as con instancias diplomáticas, fundaciones, en la incompatibilidad de la función judicial con vínculos estrechos con los gobiernos de turno, en el control y transparencia de sorteos de causas para evitar “fueros de atracción” personalizados en determinados juzgados, puede aportar a un control y reducción de las arbitrariedades en el poder judicial federal.

Nuestra hipótesis es que el paradigma de posverdad jurídica en América Latina y en Argentina, si bien puede tener análogos en otros momentos históricos, no puede entenderse sino en el marco de un dispositivo de poder. Más aún, de colonialidad del poder. Por eso aquí estamos apenas tocando un aspecto específico del problema que tiene que ver con las garantías judiciales como control y reducción de la arbitrariedad en el ámbito judicial. Por supuesto revertir el dispositivo requiere mucho más: cambiar los vínculos entre poder económico, poder político y poder judicial, deshacer la corporativización de segmentos del poder judicial, transparentar y controlar en estricta legalidad los vínculos del judicial con segmentos de los aparatos y agencias del estado (inteligencia, seguridad), etc. Pero parte del empeño tiene que ver con las condiciones de construcción de la verdad jurídica procesal y las dimensiones nuevas que la experiencia social traumática del *lawfare* como afectación del estado constitucional y de la democracia exigen en la consideración del derecho a la verdad.

Por eso, como ejemplo de la potencialidad de seguir tendencialmente prácticas institucionales judiciales vinculadas al garantismo jurídico y al cognoscitivismo, queremos contraponer otra experiencia que ha sido emblemática para Argentina y para América Latina donde fue posible satisfacer criterios éticos y jurídico formales de justicia para llegar a una verdad jurídica válida en términos de derecho y legítima en términos de una sociedad democrática: los procesos de memoria, verdad y justicia frente a los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

PROCESOS DE MEMORIA, VERDAD Y JUSTICIA

La ejemplaridad de los procesos de memoria, verdad y justicia (MVJ en adelante) demuestra la importancia de los contextos de cultura jurídica, la isonomía de las partes y la

imparcialidad de los/as juzgadores/as no se sostienen solamente en reglas de conocimiento del positivismo legal, sino también en una dimensión ética (Lora.2019, p.289) que al hacerse compartida socialmente articula a los operadores jurídicos con la voluntad social en aspecto fundamental que hace a la convivencia democrática.

Es decir, la importancia de las garantías penales y procesal penales se potencia si ubicadas en un proceso más complejo y abarcador que, en un contradispositivo comprenda, genealógicamente, las disputas y luchas sociales, en este caso primero a través del conjunto de organizaciones que integran el movimiento de derechos humanos, empezando por los y las familiares de las víctimas (Madres, Abuelas, Hijos, Nietos) y luego la asunción por parte del estado de su responsabilidad y deuda en forma de una política pública coherente de derechos humanos y MVJ.

En el caso de los procesos MVJ, se abrió la posibilidad de elaborar un duelo y dejar atrás los períodos y acontecimientos aberrantes. Esto exige, o supone, la rigurosa puesta en práctica de las reglas del debido proceso frente a los ofensores. No actos de venganza o castigo social por medio de la arbitrariedad en la interpretación jurídica o en la comprobación de los hechos, sino la relevancia de las garantías del debido proceso penal y del derecho de los derechos humanos a los efectos de la construcción de la verdad del conocimiento de los hechos aberrantes y su encuadramiento jurídico. La complejidad de los problemas que abordamos, se ejemplifica en la coexistencia actual de las prácticas de *lawfare* con la continuidad de los procesos judiciales MVJ a los militares y civiles responsables y cómplices de delitos de lesa humanidad durante el Proceso de Reorganización Nacional. Mientras las primeras se vinculan a la deslegitimación social de las instituciones, los segundos fueron y son el contraejemplo, y ello pese a que *lawfare* proyecta una amplia y negra sombra sobre la institucionalidad judicial y constitucional en su conjunto, que se mezcla con la “grieta”, los intereses económicos, mediáticos, los discursos de odio y las retóricas político partidarias.

EL LUGAR DE LA VERDAD EN UNA PERSPECTIVA JURÍDICA CRÍTICA

La experiencia de los procesos MVJ es ejemplar y contrasta con las prácticas *lawfare* porque “ubica” garantismo y cognoscitismo judicial en un contexto más amplio, donde el derecho no puede desentenderse de su carácter de mediación necesaria pero históricamente contingente de proyectos sociales. En efecto, la construcción de la verdad antes retaceada o negada en torno a la experiencia traumática del terrorismo de estado, no es sólo orientada al pasado y a la memoria social, no se reduce a una condición y garantía de no repetición sino que fue y es, la reivindicación de toda una generación que creía y actuaba en la transformación profunda de las estructuras de injusticia.

La elaboración social de ese duelo, la construcción de la memoria, proyectan hacia el presente y el futuro porque si la responsabilidad y punición de los culpables y cómplices de la dictadura cívico militar es un proceso actual, la remoción de las estructuras de desigualdad social, de injusticia social continúa como asignatura pendiente. Por lo tanto los procesos de MVJ nos recuerdan hoy que el conflicto sigue instalado en el presente, en nuevos formatos de antagonismo social. No cabe duda que el contraejemplo al *lawfare* que suponen estos procesos nos recuerda constantemente que la contradicción entre proyectos elitistas neoliberales y campo popular en Argentina sigue dolorosamente vigente, junto a la deuda social. Se trata de proyectos antagónicos que requieren de mediaciones jurídicas contradictorias.

La dimensión clasista, racista, sexista y elitista de las prácticas de *lawfare*, la criminalización de las organizaciones populares y sus liderazgos, la desorganización del campo popular requiere de una mediación jurídica que construye arbitrariamente una posverdad jurídica procesal en Argentina y varios cuadrantes de nuestra región con efectos sociales terribles en el plano político económico. Los ejemplos de Brasil, Ecuador, y el período 2015-2019 en nuestro país son demostrativos de la pérdida de autodeterminación de nuestros pueblos y el retroceso en materia de derechos humanos paralelos a las prácticas de *lawfare* por regímenes neoliberales, retrocesos que *van necesariamente acompañados* de las tentativas de relativización o negación de las prácticas de terrorismo de estado, del intento de desprestigio a las organizaciones populares de derechos humanos, y de su persecución y criminalización. Atentados a la construcción de la memoria, de la verdad y de la justicia. La exorbitación en contextos de neoliberalismo y como condición de las prácticas de *lawfare*, de lo que Ferrajoli denomina “el poder de disposición judicial” produce esa utilización política del poder judicial para deslegitimar y si es posible proscribir electoralmente los movimientos y organizaciones populares que proponen y experimentan alternativas al neoliberalismo. Los casos de liderazgos políticos más conocidos (Lula, Rafael Correa, Cristina Fernandez de Kirchner, Milagro Sala, etc.) son el vértice de un iceberg que incluye la criminalización de la protesta social de las organizaciones populares que son desorganizadas y deslegitimadas, como por ej, el Movimiento Tupac Amaru o las comunidades mapuches en el caso argentino.

PENDIENTES: NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA VERDAD

Aquí abrimos una serie de problemas que quedan planteados y pendientes para revertir del dispositivo de poder colonial que convencionalmente se denomina *lawfare*, pero que queremos articular en torno a la consideración actualizada del derecho a la verdad. Si bien el derecho a la verdad tiene sus antecedentes y su fundamento en la pretensión de los familiares de las víctimas de terrorismo de estado y de la sociedad en su conjunto de conocer los contextos y hechos concretos en que se ejerció la violencia y los afectados fueron

desaparecidos o asesinados, hoy, en el contexto de devaluación veritativa que vivimos, ese derecho tiene que ver con las víctimas de prácticas judiciales arbitrarias, de campañas de difamación orquestadas por medio de diversos soportes o canales, y de la ciudadanía en su conjunto sobre temas de la agenda pública que son sensibles para la calidad de la vida democrática y las garantías del estado constitucional.

Ante las formas contemporáneas de violencia política extrema, represión estatal y vulneración sistemática de los derechos humanos, la preservación, reconstrucción y cultivo de la memoria histórica parece una condición indispensable para evitar que se redoble simbólicamente la infamia mediante la charlatanería revisionista, los pactos de silencio oficiales, o bien el control mediático de la agenda pública. Pese a las discusiones sobre su estatuto jurídico, el derecho a la verdad sobre violaciones graves de los derechos humanos se ha ido consolidando como un derecho autónomo e inalienable, cada vez más reconocido en tratados, resoluciones e instrumentos internacionales.

No en vano, en algunos contextos sociohistóricos de transición, tras regímenes dictatoriales que vulneraron de modo sistemático los derechos fundamentales e impusieron cínicamente doctrinas ideológicamente fabricadas, se ha reivindicado actualmente el derecho a la verdad, entendido como un tipo de derecho fundamental autónomo que permite investigar el destino de las víctimas de la represión estatal o la violencia política y, así, resulta decisivo para restaurar la paz, evitar la impunidad y mantener viva la memoria colectiva. La reivindicación de un derecho a la verdad puede remontarse al derecho internacional humanitario y, concretamente, al reconocimiento por parte la Convención de Ginebra, en 1949, de que las familias de las víctimas de un conflicto bélico tienen derecho a conocer la suerte de sus familiares. Desde los años setenta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido progresivamente el derecho a la verdad, al establecer la obligación de que los Estados investiguen las violaciones masivas de derechos fundamentales asociadas a la tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzosa; pero, además, juzguen a sus responsables, promuevan medidas de reparación y garanticen la preservación de la memoria colectiva. Aunque inicialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó la dimensión individual del derecho a la verdad —esto es, un derecho de los familiares a saber qué pasó y un derecho de la víctima a que se escuche su testimonio y se reconozca su padecimiento—, ha ido ganando terreno la interpretación del derecho a la verdad como derecho fundamental colectivo, en el cual está en juego el reconocimiento social de las violaciones de derechos humanos, la intervención del Estado para garantizar la aclaración pública de los hechos, las acciones contra los responsables, la reparación respecto a las víctimas y la preservación de la memoria, de manera que no se repitan nuevamente las formas extremas de vulneración de los derechos humanos, la violencia política y la represión estatal .

El derecho a la verdad se congloba con otros derechos humanos: el derecho a la justicia y al reconocimiento social de la verdad; el derecho a las garantías judiciales, a un debido proceso y al conocimiento fundado de lo sucedido; el derecho a la protección judicial y el respeto a la dignidad de la persona humana; el derecho a la libertad de expresión, ante la necesidad de conocer públicamente hechos desvirtuados oficialmente; así como el derecho a la información, para tener acceso a archivos y testigos.

La verdad resulta fundamental para el conocimiento colectivo y para la prevención histórica, por eso el derecho a la verdad se ha asociado a los principios del Estado de derecho y a las exigencias de transparencia y responsabilidad democráticas. De todas estas consideraciones surgen nuevas dimensiones actuales del derecho a la verdad tanto en su faz personal como colectiva. La utilización del poder judicial como herramienta de persecución política, violando las garantías del debido proceso, fundamentada en el combate a la corrupción, actualiza el derecho a la verdad.

Porque el contexto y las prácticas de lo que convencionalmente ha sido denominado *lawfare* construyen un estado de posverdad jurídica procesal que afecta directamente los derechos que hacen al debido proceso, pero también los derechos políticos y cívicos de autogobierno democrático, e indirectamente, al ser una herramienta que se usa en contextos neoliberales, los derechos económicos sociales culturales y ambientales.

El conocimiento de la verdad de los hechos adjetivados como corrupción, empezando por su existencia o inexistencia, de la verdad acerca de los vínculos espurios entre segmentos del poder judicial y del poder político y económico concentrado, la garantía de un contexto de comunicación e información que permitan la participación y deliberación democráticas, son aspectos que renuevan la actualidad y urgencia del reclamo del derecho a la verdad. Estas nuevas dimensiones del derecho a la verdad y el ejemplo de los procesos de MVJ muestran que los proyectos de justicia social y democracia del campo popular exhiben una suerte de tensión virtuosa entre sustancia y forma jurídica, ya que la punición de los responsables militares y civiles del terrorismo de estado requiere de las garantías del debido proceso, del cognoscitivismo de la verdad sobre hechos aberrantes y derechos conculcados. Precisan por lo tanto superar visiones escépticas acerca de la posibilidad de construcción de verdades jurídicas y procesales. Estas no son solamente problemas de formalidades jurídicas, sino que resultan sustanciales para la construcción de la auto-comprensión social, para la calidad de la deliberación democrática, la participación de las organizaciones populares y el ejercicio activo de las ciudadanías.

Mientras que los proyectos elitistas, neoliberales, más allá de su apropiación y uso retórico del campo semántico del “republicanismo”, requieren de la persecución penal arbitraria y deslegitimadora de las organizaciones y liderazgos del campo popular, negando la

posibilidad de procesos judiciales que permitan conocer la verdad casuística y contextual. Requieren entonces, además del contexto cultural de posverdad, de la construcción de una posverdad judicial. Requieren instrumentalizar el derecho y negar umbrales básicos de garantías de derechos. Suponen contextos de empobrecimiento del debate público donde puedan proliferar los discursos de odio, las estrategias de construcción de enemigos públicos en torno a los que se genera el espectáculo político de los rituales judiciales.

De ahí la importancia de recuperar en este contexto las dimensiones del derecho a la verdad.

REFERENCIAS

- ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. (1969) *Dialéctica del iluminismo*. Sudamericana
- BAUDRILLARD, J. (1974). *Crítica de la economía política del signo*. Siglo XXI eds.
- BAUDRILLARD, J. (1978) *Cultura y simulacro*. Kairós.
- COSSIO, C. (1945) *El derecho en el derecho judicial*. Losada.
- FERRAJOLI, L. (1998) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- FOUCAULT, M. (2000) *DEFENDER LA SOCIEDAD*. Buenos Aires. FCE.
- FOUCAULT, M. (1996) *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- HABERMAS, J. (1990) *Teoría de la Acción Comunicativa (II). Crítica de la razón funcionalista*. Taurus.
- HABERMAS, J. (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- HAN, B, C. (2014) *Psicopolítica*. Herder.
- HARSIN, J. (2015) Regimes of post-truth, postpolitics, and attention economies. *Communication, culture and critique*,8 (2).
- LORA, D. H. K. (2019) *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Tirant Lo Blanch.
- MÉDICI, A. (2011) *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. EDULP.
- MERLÍN, N. (2017) *Colonización de la subjetividad. Los medios masivos en la era del biomercado*. Letra Viva.
- PÉREZ LLEDÓ, J. (1996) *El movimiento Critical Legal Studies*. Técnos.
- WLASIC, J. C. (2010) *Memoria, verdad y justicia en democracia*. EUDEM.

ENTRE NOSTALGIA E MEMORICÍDIO: O JUDICIÁRIO E A VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Cristiano Paixão¹

SUMÁRIO

PERMITINDO A COMEMORAÇÃO DO ARBITRÁRIO: ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS; PRÁTICAS DESCONSTITUINTES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO; POLÍTICAS DE MEMÓRIA E A CRISE DESCONSTITUINTE: ENTRE NOSTALGIA E MEMORICÍDIO; CONCLUSÃO: *LAWFARE* E A MEMÓRIA DA OPRESSÃO; REFERÊNCIAS.

Está em curso um processo desconstituinte no Brasil. Como o próprio nome indica, não se trata de um evento ou uma manifestação isolada. Vivemos uma sucessão de atos praticados por diversos atores e instituições – governos, parlamento, tribunais – que, analisados em conjunto, indicam uma atitude desconstituinte. Com isso queremos dizer que a Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988 vem enfrentando um processo de erosão, esvaziamento, desmontagem.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da UnB. Foi professor visitante nas universidades de Macerata e Sevilla. Subprocurador-Geral do Trabalho. Integrante da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) e do Coletivo Transforma MP. Foi Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (2012-2016) e Coordenador de Relações Institucionais da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da UnB. Coordenador dos grupos de pesquisa “Percursos, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” e “Eixos, planos, ficções: grupo brasileiro de direito e arte (CNPq/UnB).

No presente texto procuraremos demonstrar um aspecto verdadeiramente marcante dessa tendência desconstituente: o ataque aos dispositivos da Constituição que reconhecem o direito de vítimas do regime militar que perdurou de 1964 a 1985 a uma política memória e reparação decorrente da prática de atos de exceção. Esse é um ponto central nessa dinâmica desconstituente: a produção de narrativas, pelo atual governo federal, que negam inteiramente a própria natureza ditatorial do regime estabelecido em 1964.

Nosso foco será voltado a um tipo específico de prática desconstituente: a tolerância de juízes e tribunais em relação a essa postura do Executivo, com especial atenção para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Ao permitir a comemoração, em instalações militares e meios de comunicação do governo, do dia 31 de março de 1964, o Judiciário (em especial seu órgão de cúpula) acaba por atuar como um agente da desconstitucionalização ora em curso no país. Trata-se de mais uma manifestação, portanto, do *lawfare* – o uso do judiciário *contra* a democracia e *contra* a Constituição².

PERMITINDO A COMEMORAÇÃO DO ARBITRÍO: ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS

A análise das ações judiciais relacionadas à comemoração e ressignificação pública do golpe de estado desencadeado em 1964 revela, antes de tudo, um dado essencial para a compreensão do fenômeno do *lawfare*: o Poder Judiciário e os demais órgãos integrantes do sistema de justiça não são orgânicos e não agem de modo consensual. Há uma série de divisões internas em todas essas instituições. Outra conclusão vem à tona a partir dos casos aqui examinados: a maior parcela de responsabilidade pelos ataques à Constituição pertence ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário do Brasil. É ali que foram proferidas as decisões que normalizaram o período autoritário, concederam ampla margem de discricionariedade às forças armadas para celebração pública do golpe militar e trataram o tema como uma questão ligada à “censura” ou à liberdade de expressão.

Fica evidente que o STF, no que diz respeito aos direitos ligados ao campo da memória e da verdade (como se convencionou chamar o conjunto de direitos que decorre do reconhecimento de um passado autoritário), operou como um verdadeiro agente de desconstrução do texto constitucional.

² É uma satisfação para o autor prestar uma contribuição a esta obra coletiva em homenagem à Professora Carol Proner, que vem desenvolvendo uma brilhante trajetória na defesa dos direitos humanos e da democracia, quer no âmbito acadêmico, quer no plano da resistência política.

É chegado o momento, então, de retomar a descrição dos casos, que ocorreram em dois períodos diferentes.

Março de 2019. O governo Bolsonaro assumira o poder havia pouco tempo. Como seria de se esperar, as forças armadas, inteiramente dedicadas à ocupação do maior número possível de cargos (mesmo em áreas destinadas aos civis) e ao reaquecimento de narrativas nostálgicas sobre o golpe de 1964, toma a decisão de realizar comemorações públicas no dia 31 de março.

A matéria então foi judicializada. Em ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União na Justiça Federal do Distrito Federal, protocolada no dia 26 de março de 2019, foi requerida a proibição de qualquer tipo de celebração da data, “proibindo especialmente o dispêndio de recursos públicos para esse fim” (fl. 17 da petição inicial³).

O Juízo da 6ª Vara Federal de Brasília deferiu o pedido de tutela de urgência formulado, “para determinar à União que se abstenha da Ordem do Dia alusiva ao 31 de março de 1964, prevista pelo Ministro da Defesa e Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica” (processo nº 1007756-96.2019.4.01.3400, fl. 10 da decisão proferida em 29 de março de 2019). A fundamentação da decisão é inteiramente baseada na Constituição da República, em especial o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É amplamente reproduzido o discurso proferido por Ulysses Guimarães na sessão de promulgação da Constituição. A decisão afirma que eventual comemoração do 31 de março mostra-se incompatível com o texto constitucional, que formulou clara opção pela democracia, qualificando como autoritário o regime precedente.

Em seus fundamentos, a decisão retoma a questão relacionada à passagem do poder para os civis após o regime militar. O Juízo assevera então que a ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988 “afasta-se do ideário de reconciliação da sociedade, da qual é expressão a concessão de anistia e o julgamento de improcedência da ADPF 153, quando o Supremo Tribunal Federal recusou pedido de revisão da Lei nº 6.683/1979, mantendo ampla e irrestrita anistia aos crimes comuns”.

Por fim, a conclusão voltada aos bens jurídicos tutelados pela Constituição: “sobressai o direito fundamental à memória e à verdade, na sua acepção difusa, com vistas a não repetição de violações contra a integridade da humanidade, preservando a geração presente e as futuras do retrocesso a Estados de exceção” (fl. 9). São citadas, nesta parte da fundamentação, as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em processos referentes a violações de direitos humanos pelo Estado brasileiro – casos Herzog e Gomes Lund.

³ Todas as peças e decisões de processos judiciais citadas neste artigo constam do arquivo do autor.

A decisão do Juízo da 6ª Vara Federal teve ampla divulgação na imprensa. Ocorre, contudo, que ela não produziria efeitos por muito tempo. A União requereu a imediata suspensão do ato por meio de um agravo de instrumento interposto perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A Desembargadora que ocupava, na época, o cargo de Corregedora Regional da Justiça Federal da 1ª Região deferiu o pedido formulado pela União. Em síntese, a decisão se baseia na ausência dos requisitos estipulados em lei para deferimento da tutela de urgência requerida pela Defensoria Pública da União. Em fundamentação breve, a Corregedora assinala, de início, que “a recomendação deduzida pelo Presidente da República insere-se no âmbito do poder discricionário do administrador”, aduzindo, a seguir, que não seriam constatáveis violações ao princípio da legalidade ou aos direitos humanos, especialmente diante do fato de haverem sido registradas outras comemorações similares em anos anteriores.

Por fim, a decisão traz os seguintes fundamentos:

Constato, ademais, que a nota divulgada pelo Ministério da Defesa, já amplamente veiculada pela imprensa, não traz nenhuma conotação ou ideia que reforce os temores levantados pelos agravados, de violação à memória e à verdade, ao princípio da moralidade administrativa ou de afronta ao estado democrático de direito — o qual pressupõe a pluralidade de debates e de ideais (processo nº 0000038-80.2019.4.01.0000, fl. 2 da decisão proferida em 30 de março de 2019)

No ano de 2019, as comemorações e textos alusivos à versão das Forças Armadas sobre o golpe de 1964 transcorreram livremente.

O tema voltaria ao debate público em 2020 e seria mais uma vez submetido à deliberação da Justiça Federal. Naquela oportunidade a Deputada Federal Natália Bonavides ajuizou ação popular em face da União, requerendo provimento judicial destinado à retirada do ar do texto de Ordem do Dia elaborado pelo então Ministro da Defesa. A autora da ação alegou que o citado documento não apenas celebrava a ruptura com a ordem jurídica ocorrida em 1964, como também associava o ato à defesa da democracia.

A ação popular foi distribuída ao Juízo da 5ª Vara Federal de Natal. A tutela de urgência postulada na inicial foi concedida. A fundamentação aduzida é bastante similar àquela do caso da 6ª Vara Federal de Brasília acima analisado. O Juízo da 5ª Vara de Natal também se baseia no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição e assevera que a comemoração do golpe de estado de 1964 é inteiramente incompatível com o disposto na Constituição da República. Aduz, ainda, que a existência de mortos e desapa-

recidos políticos foi reconhecida pela Lei nº 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade e cita recomendação da própria CNV no sentido de que “seja reconhecida a vedação de realização de eventos oficiais em comemoração ao golpe militar”.

Segue-se então o fundamento principal da decisão, em que mais uma vez é manifestada a incompatibilidade entre a Ordem do Dia e a Constituição:

Com efeito, o ato administrativo impugnado é nitidamente incompatível com os valores democráticos insertos na Constituição Federal de 1988, valores esses tão caros à sociedade brasileira, não havendo amparo legal e/ou principiológico em nosso ordenamento jurídico para que exaltações de períodos históricos em que tais valores foram reconhecidamente transgredidos sejam celebrados por autoridades públicas, e veiculados com caráter institucional (processo nº 0802121-11.2020.4.05.8400, fl. 7 da decisão proferida em 24 de abril de 2020)

Até aqui, a tramitação dos casos de Brasília e Natal segue o mesmo curso; demanda ajuizada na Justiça Federal com deferimento da tutela de urgência sob o fundamento da incompatibilidade entre atos e textos celebratórios do golpe de 1964 e a Constituição da República. A atitude da União no caso de Natal era previsível: procurou suspender a decisão por meio da interposição de agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal competente – no caso, o TRF da 5ª Região.

Sucedee, todavia, que, ao contrário da decisão proferida pela Corregedora do TRF da 1ª Região, no caso da ação popular o TRF da 5ª Região decidiu manter, num primeiro momento, a tutela de urgência deferida pela 5ª Vara Federal de Natal (cf. processo nº 0804364-05.2020.4.05.0000, decisão liminar proferida em 29 de abril de 2020). Com esse resultado, a União ajuizou um pedido de suspensão de segurança no Supremo Tribunal Federal.

O STF era presidido, na época, pelo Ministro Dias Toffoli, que acolheu o pedido da União e suspendeu os efeitos da decisão proferida pela 5ª Vara Federal de Natal. Num primeiro momento, o então Presidente afirma que a decisão concessiva da tutela de urgência na ação popular “poderá acarretar grave lesão à ordem público-administrativa da União”. Em seguida, o prolator pontua que o texto objeto do pedido seria “editado para fazer alusão a uma efeméride e se destinava ao ambiente castrense”, razão pela qual seria “ato inserido na rotina militar e praticado por quem detêm competência para tanto” (processo SL nº 1326/RN, fl. 3 da decisão proferida em 4 de maio de 2020).

O despacho passa então a tecer uma série de considerações acerca do que o prolator considera um “momento de excessiva judicialização” pelo qual estaria passando a sociedade

brasileira. Segundo o despacho, a matéria versada na ação popular não seria passível de atuação do Poder Judiciário. Eis as razões apresentadas para embasar tal conclusão:

Reitero, ainda uma vez, meu entendimento, agora aplicado ao caso concreto ora em análise, de que não cabe ao Poder Judiciário decidir o que pode ou não constar em uma ordem do dia, ou mesmo qual a qualificação histórica sobre determinado período do passado, substituindo-se aos historiadores nesse mister e, no presente caso, aos legítimos gestores do Ministério da Defesa, para redigir, segundo a compreensão que esposam, os termos de uma simples ordem do dia, incidindo em verdadeira censura acerca de um texto editado por Ministro de Estado e Chefes Militares.

(...)

As decisões judiciais ora atacadas, destarte, representam grave risco de violação à ordem público-administrativa do Estado brasileiro, por implicar em verdadeiro ato de censura à livre expressão do Ministro de Estado da Defesa e dos Chefes das Forças Militares, no exercício de ato discricionário e de rotina, inerente às elevadas funções que exercem no Poder Executivo e sobre o qual não parece adequada a valoração efetuada por membros do Poder Judiciário. (processo SL nº 1326/RN, fl. 4 da decisão).

Com esse despacho foram suspensos os efeitos da tutela de urgência concedida na ação popular e a Ordem do Dia subscrita pelo então ministro da Defesa permaneceu na página oficial do Ministério (onde está disponível até os dias de hoje, conforme pesquisa realizada para a redação do presente artigo).

É hora de propor uma chave de leitura dessas decisões sob a perspectiva do processo desconstituente vivido no Brasil desde 2016.

PRÁTICAS DESCONSTITUENTES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Para que seja possível compreender a dimensão desconstituente das decisões até aqui destacadas, é fundamental ter em mente o contexto da crise constitucional que se manifesta no Brasil, em suas diferentes etapas e gradações. Faço uso, nesta parte da argumentação, de reflexões contidas em textos publicados ao longo da crise política e social experimentada no Brasil a partir da instauração e desfecho do processo de *impeachment* contra a então Presidente da República Dilma Rousseff, que culminou no afastamento do poder de uma Presidente que não havia cometido crime de responsabilidade⁴.

⁴ Ver, a esse respeito, Paixão (2016, p. 83-85).

O conceito de crise já perdeu muito de seu componente de excepcionalidade. A gradativa normalização do conceito – fala-se a todo momento em crise política, crise econômica, crise de valores, crise da civilização – tem duas consequências: uma espécie de banalização da ideia de crise e uma certa opacidade do conceito. Nem sempre é fácil separar o normal do extraordinário; aumenta o uso da noção de “crise estrutural”, que por si só desafia a excepcionalidade da situação de crise e permite antever que o mundo político e institucional moderno contempla essa ideia desde suas primeiras manifestações. Em outras palavras: viver sob o desenho institucional construído a partir da modernidade significa estar sujeito a constantes crises. Uma delas é a crise constitucional.

É natural – e até previsível – que as democracias contemporâneas vivam, de tempos em tempos, situações de incerteza e instabilidade. A princípio, as constituições são soluções para as crises políticas – elas indicam o espaço de atuação dos poderes constituídos, estabelecem limites e formas de controle entre poderes. Entretanto, em determinadas circunstâncias, as crises políticas podem levar a uma crise constitucional.

Isso ocorre quando se manifesta a ampliação do espaço de deliberação disponível, com base na constituição então vigente, aos atores e instituições da política e do direito. A crise política assume, assim, uma dimensão constitucional. Ela inclui uma crise da função da constituição, ou seja, a crise apresenta-se quando a constituição é colocada à prova, e os procedimentos ordinariamente disponíveis para o enfrentamento de impasses e discordâncias não são suficientes para resolver o impasse político. Ao persistir a situação de conflito, novas possibilidades são cogitadas e testadas por atores e instituições. Com isso, abre-se o risco de que a solução proposta atinja o núcleo da constituição da comunidade política, a saber, alguma das opções fundamentais contidas no documento constitucional⁵.

A crise constitucional em que estamos inseridos tem uma característica distintiva: ela é uma crise **desconstituente**. No ano de 2016 – ou seja, na primeira fase da crise –, algumas ações adotadas pela coalizão política que se formou para viabilizar o *impeachment* e sustentar o governo Temer possuem um núcleo comum: a deliberada desfiguração do quadro de direitos fundamentais que é o núcleo da Constituição de 1988.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 95, que fixa um teto para os gastos públicos, assim como a aprovação da Lei nº 13.467/2013, a chamada “reforma trabalhista”, são exemplos concretos de um movimento de reação contra a Constituição de 1988, pois subtraem, de forma clara e direta, o direito das próximas gerações de deliberar sobre as modalidades de gasto dos recursos públicos (inviabilizando a concretude de direitos e

⁵ Cf., para aprofundamento do conceito de crise constitucional, Paixão e Carvalho (2018, p. 184-204).

garantias estipulados ao longo do texto constitucional), e flexibilizam ao extremo o núcleo da proteção social ao trabalhador que a Constituição de 1988 estabeleceu com inegável centralidade⁶.

As eleições de 2018 – que poderiam, em tese, afastar a crise por conta da superação do governo instaurado por meio de um *impeachment* decidido de modo contrário à Constituição – agravaram, na verdade, o quadro. Em 2019, com a posse do governo eleito naquele pleito, a crise entrou em sua segunda fase, ainda mais aguda⁷.

Isso ficou mais claro com a instalação do quadro de pandemia, no início de 2020. Surge ali uma atitude de oportunismo desconstituinte⁸. Vejamos.

Uma emergência na saúde pública chegou sob a forma de uma pandemia com graves consequências para o presente e o futuro. Qual é o papel da constituição nesse contexto?

Decisões difíceis devem ser tomadas em situações de emergência, e muitas vezes é necessário fazê-lo de forma rápida. Isso não significa, porém, que a constituição tenha sua vigência afastada em tempos de crise. É o contrário: exatamente nesses momentos devemos nos lembrar das regras e princípios constitucionais. Há nessas situações um grande risco para a comunidade política, qual seja, o de permitir que decisões de longo alcance, que possam afetar a própria estrutura da ordem constitucional, sejam adotadas de forma irrefletida, sem debate e ao sabor das maiorias ocasionais. A Constituição brasileira prevê procedimentos excepcionais, como o estado de defesa e o estado de sítio, que permitem, por determinado período, ampliação dos poderes públicos e restrição de algumas liberdades individuais. Observe-se, aliás, que a pandemia da Covid-19 não constitui circunstância apta a ensejar decretação do estado de sítio, conforme acertada e oportuna manifestação do Conselho Federal da OAB⁹. A legislação também prevê o estado de calamidade pública e a declaração de emergência em saúde pública de importância nacional, em que as funções do governo são redimensionadas.

Esses mecanismos, contudo, existem para a defesa da constituição. Eles permitem decisões ágeis, mas impõem prazos para execução das medidas e não desativam os

⁶ Ver, em relação a este ponto, Paixão e Lourenço Filho (2020).

⁷ Vale observar a produção expressiva de alguns autores no campo da defesa da ordem constitucional e da democracia em tempos de ameaças autoritárias. Entre esses autores estão Marcelo Cattoni, Emilio Meyer e Thomas Bustamante, todos da UFMG. Veja-se, a título exemplificativo em meio a uma grande quantidade de textos, Meyer, Bustamante e Cattoni (2019).

⁸ Cf. a reflexão proposta em relação a este tema por Paixão e Benvindo (2020).

⁹ Parecer exarado em 20 de março de 2020, disponível em: https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB_estado-sitio_crise-coronavirus.pdf.pdf

órgãos de controle político e administrativo. E é importante que seja assim, para que se evitem abusos no uso desses instrumentos. Uma crise, por mais grave que seja, não é uma carta branca para alteração permanente da ordem constitucional. Quando essa orientação é esquecida, graves desdobramentos se produzem.

O Brasil teve de enfrentar a pandemia, portanto, em pleno panorama de crise desconstituente. Já nos primeiros dias da emergência sanitária foi possível chegar a algumas conclusões: (1) o SUS é essencial ao combate ao Covid-19, especialmente pela sua universalidade e sua natureza pública; (2) os contratos de trabalho precisam ser protegidos por medidas extraordinárias, diante da necessidade de paralisação de grande parte da atividade econômica, em razão das medidas de isolamento social; (3) os trabalhadores chamados “informais” necessitam de igual ou maior proteção social, decorrente da sua própria situação de precariedade decorrente da inexistência de vínculo empregatício. A expressiva maioria dos países afetados pela pandemia tem procurado reforçar o sistema público de saúde e proteger os trabalhadores em geral.

Mas no Brasil de 2020 algo diferente ocorreu. Foi quando ficou clara a postura oportunista relacionada à crise sanitária. O governo federal editou a Medida Provisória nº 927, que permitia a suspensão do contrato de trabalho sem remuneração. Após reação negativa da sociedade civil, a medida foi parcialmente revogada. Logo após, outra MP foi editada, a de nº 936, que retomou várias violações existentes na anterior. Uma delas, particularmente grave, afronta a Constituição da República ao permitir um contrato individual de trabalho para reduzir jornada de trabalho e salário (o texto exige a negociação coletiva). Em manifestação registrada à época, o ministro da economia afirmou que a pandemia da Covid-19 seria motivo para aprofundar as mudanças iniciadas com a reforma trabalhista, com a retirada de encargos sobre o contrato de trabalho¹⁰.

A crise atingiu outros setores e envolveu um esvaziamento seletivo, uma desmontagem do núcleo da Constituição da República de 1988, como tive a oportunidade de observar em alguns textos relacionados à destruição “por dentro” e à captura da Constituição por essas atitudes desconstituíntes, especialmente no âmbito do Poder Executivo¹¹.

Um dos desdobramentos mais evidentes da crise diz respeito ao tema do presente artigo – a repercussão da crise desconstituente no exercício dos direitos ligados à memória e à verdade.

¹⁰ Cf. <https://bit.ly/3BOAUKy>

¹¹ Ver Paixão (2020a, 2020b).

POLÍTICAS DE MEMÓRIA E A CRISE DESCONSTITUINTE: ENTRE NOSTALGIA E MEMORICÍDIO

Assim que assumiu o poder, o atual governo procurou estabelecer uma disputa em torno do significado histórico do regime militar no presente. Como veremos a seguir, essa atitude pressupõe, antes de tudo, uma espécie de nostalgia em relação ao período ditatorial.

Uma dimensão da crise atual envolve o elemento temporal. Há uma crise de futuro. Num inspirado artigo, a historiadora Heloisa Starling afirma: “pela primeira vez na história nos falta a imaginação de futuro”¹². O Brasil, tantas vezes descrito como o “país do futuro”, com ênfase na perspectiva de realização de seu imenso potencial, se vê exposto à supressão desta dimensão prospectiva. Cabe então perguntar: qual a relação dessa fratura temporal vivida pelo Brasil e a crise da Constituição de 1988?

Como também observado por Heloisa Starling, o atual presidente da república, em discurso proferido em Washington logo após a sua posse, afirmou que “o Brasil não é um terreno aberto onde nós pretendemos construir coisas para o nosso povo. Nós temos é que desconstruir muita coisa”¹³. A agenda desconstituinte estava, portanto, anunciada. A crise de futuro que vivemos não é acidental, não é inesperada, não é contingente. É intencional e deliberada.

Todos sabem, por outro lado, que a dimensão temporal é indissociável da vida humana, especialmente no campo da política e da sociedade. Não é possível viver num mundo inteiramente desprovido de futuro. Por isso, no tema que aqui nos interessa, devemos tentar enxergar nas entrelinhas, nas frestas do discurso de desconstrução. Não há espaço vazio em política. Há, na maior parte das vezes, pretensões reconstituintes por detrás de práticas desconstituintes. É hora de mapear esse contexto de linguagem política.

Um indício surgiu num momento de crise política. Como sabemos, o então ministro da defesa, general Villas-Bôas, divulgou um tuíte na véspera do julgamento do habeas corpus impetrado pelo ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva no STF. Nesse tuíte, do dia 3 de abril de 2018, o general propõe uma indagação: “Nessa situação que vive o Brasil, resta perguntar às instituições e ao povo quem realmente está pensando no bem do país e das gerações futuras e quem está preocupado apenas com interesses pessoais?”¹⁴. Em outro ponto da postagem, o general afirmou: “Asseguro à nação que o Exército brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito

¹² Starling (2020, p. 58).

¹³ Idem.

¹⁴ Cf. <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/villas-boas-revela-alto-comando-exercito-ameacou-stf>

à Constituição, à paz social e à democracia, bem como se mantém atento às suas missões constitucionais”¹⁵.

A leitura dessas mensagens permite algumas conclusões: (1) o Exército justifica sua intervenção atípica num julgamento do STF “no bem do país e das gerações futuras”; (2) a menção ao “cidadão de bem” indica uma divisão na sociedade brasileira, com cidadãos de tipos diferentes; (3) o Exército apresenta-se como instituição que tutelará o “cidadão de bem” e as futuras gerações. Um exército que “oferece” uma forma de tutela à sociedade e que se coloca na posição de compartilhar “o anseio do cidadão de bem”, figura que pressupõe uma distinção entre amigo e inimigo.

O que esse discurso faz recordar?

Fica claro que o suposto “projeto” dos atuais ocupantes do poder, com o protagonismo do exército não pressupõe exatamente um novo futuro; trata-se, na verdade, do resgate de um passado. Para os atuais ocupantes do poder (especialmente os fardados), é um discurso de retorno ao período da ditadura militar. Em mais de uma oportunidade, o presidente e o vice-presidente da república prestaram homenagem a um torturador do regime militar, coronel Brilhante Ustra¹⁶. Sua viúva foi recebida no gabinete presidencial¹⁷. Um agente envolvido em violências cometidas no Araguaia foi igualmente recebido e homenageado no Palácio do Planalto¹⁸.

Existe, nesses atos e cerimônias, uma ideia clara. Ao procurar reabilitar personagens responsáveis por graves atrocidades cometidas contra opositores políticos e contra a sociedade em geral, os atuais governantes pretendem “legitimar” o regime como um todo, “justificando” essas ações no combate a um “inimigo”. Esse restabelecimento do regime militar, contudo, é incompatível com a Constituição de 1988, que se constitui como Estado Democrático de Direito e reconhece a prática de atos de exceção pela ditadura. Fica caracterizada, assim, uma disputa sobre o passado que remete ao futuro. E essa disputa está ocorrendo a cada momento e em várias arenas (uma delas o Poder Judiciário, tema da nossa preocupação neste artigo).

Impulsionados pelos atuais ocupantes do poder, ecos de 1964 aparecem no Brasil de 2021. O contexto, sabemos, é muito diferente. Mas a tentativa de emular a época ditatorial permanece.

¹⁵ Ver <https://piaui.folha.uol.com.br/o-general-o-tuite-e-promessa/>

¹⁶ Cf. <https://bit.ly/3H6cpwj>

¹⁷ Ver <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-volta-a-chamar-ustra-de-heroi-nacional-e-recebe-viuva-no-planalto.shtml>

¹⁸ Cf. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/04/bolsonaro-recebe-major-curio-que-comandou-repressao-a-guerrilha-do-araguaia-durante-a-ditadura.ghtml>

Como compreender essa tentativa de retorno ao passado?

Estamos diante de uma manifestação de nostalgia. Uma nostalgia artificial, construída por meio de atos políticos, homenagens e narrativas sobre o passado. Num belo livro, a ensaísta Svetlana Boym propõe uma diferenciação entre dois tipos de nostalgia: podemos encontrar um tipo de sentimento em relação ao passado que é muito comum entre imigrantes e povos submetidos a deslocamento ou diáspora¹⁹. Essa é a nostalgia “reflexiva”, na qual o passado é visto como algo próximo e distante, como referência importante (quase central) mas firmemente estabelecida no passado e sempre marcada pela ambiguidade (temporal e espacial) e pela dúvida sobre o efetivo papel desse passado. Está claro que **não é essa** a nostalgia que informa o atual governo, as forças armadas e seus apoiadores.

O que se procura impor no Brasil contemporâneo é diferente. Trata-se da “nostalgia restauradora”, que tem outras características, segundo Svetlana Boym. Nessa tentativa de restauração, não há dúvida, não há ambivalência. O projeto nostálgico é de um retorno a um passado que precisa ser vivido como portador de uma verdade. Regimes de extrema direita em todo o mundo recorrem a esse tipo de narrativa: querem recompor uma sociedade que jamais deveria ter sido modificada, querem um retorno a um passado idílico, feliz. Para tanto, vale o recurso a teorias conspiratórias – no caso brasileiro, a recuperação de um anticomunismo anacrônico e o estabelecimento da divisão entre cidadãos “de bem” e os “outros” são evidências dessa atitude. Nesse universo nostálgico, um torturador se transforma em “herói nacional”.

Podemos agora tratar de outro aspecto, complementar a essa atitude nostálgica, da atual crise constitucional: o impacto sobre as políticas de memória. E o risco mesmo de extinção da memória associada à luta contra a ditadura, às demandas por redemocratização, ao restabelecimento do Estado de Direito.

Um historiador da ciência franco-croata, Mirko Grmek, cunhou uma expressão que se tornou de uso comum a partir da década de 1990: memoricídio. Ele se referia ao contexto das guerras balcânicas daquela década, marcadas por violência, apagamento de arquivos, limpeza étnica e outras graves violações a direitos humanos. O termo se aplica a diversos processos históricos, e parece particularmente apropriado para a distopia contemporânea experimentada no Brasil.

Memoricídio, na definição proposta por Grmek, é a “intenção deliberada de destruir todos os traços da existência histórica e cultural de uma nação em um determinado território”²⁰. A expressão vem sendo usada por professores que têm uma presença pública nas

¹⁹ Ver Boym (2001, p. 7-43).

²⁰ Cf. Fatović-Ferencić e Buklijas (2000, p. 8-9).

discussões sobre as heranças autoritárias do Brasil, como Giselle Beiguelman e Marcio Seligmann-Silva. O incêndio do Museu Nacional, ocorrido em setembro de 2018, foi uma das manifestações mais brutais desse cancelamento da memória, e o termo foi lembrado para classificar aquele incêndio catastrófico²¹.

Analisadas numa perspectiva histórica, as práticas desconstituintes que se manifestam no tempo presente podem ser compreendidas como tentativas de memoricídio contra a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988. Não por acaso, todos esses movimentos de ataque atingem o texto constitucional naquilo que ele tem de mais democrático e inovador: a tutela do meio ambiente, a expansão da educação (em especial a educação pública), o combate ao racismo, a universalização dos direitos sociais, o acesso à cultura²².

E essas atitudes memoricidas se refletem num campo específico da experiência constitucional brasileira: as políticas de memória e reparação.

O texto promulgado em 1988 foi produzido por uma Assembleia Nacional Constituinte. Ninguém poderia afirmar, em fevereiro de 1987, no início dos trabalhos constituintes, que a futura constituição conteria alguma previsão referente à reparação às vítimas do regime militar que perdurou de 1964 a 1985. Como documentado em várias pesquisas sobre o tema, prevalecia, naquelas semanas iniciais de 1987, o discurso voltado à conciliação e à transição “sem traumas” para a democracia. Grande parte dos atores políticos envolvidos com a Constituinte tinha essa percepção²³.

A Constituinte, contudo, criou uma dinâmica própria, que permitiu uma interlocução maior com a sociedade civil e que possibilitou um processo de escrita do texto sem a adoção de um anteprojeto. A Assembleia foi dividida em oito comissões temáticas, cada uma delas com três subcomissões. No primeiro semestre de 1987, havia 24 subcomissões na Constituinte realizando audiências públicas, com a escuta de setores ligados ao campo temático de cada subcomissão. Houve ampla e extensiva cobertura da imprensa e, como não poderia deixar de ser, foram surgindo tensões entre a Assembleia e o Governo Sarney, que tinha grande apreço pelo discurso da transição e que contava com muitos militares em seus quadros²⁴.

Essa libertação da Assembleia em relação aos estreitos limites da transição “suave” conduziu, num processo bastante acidentado e com muitos percalços, à aprovação de um texto inovador e com intensa vocação democrática. E com a previsão de um artigo

²¹ Ver Beiguelmann (2020, p. 214-218).

²² Cf. referências citadas na nota nº 6.

²³ Ver o relato de Leonardo Barbosa (2017, p. 143-248).

²⁴ Para um relato sobre o significado do processo constituinte de 1987-1988, cf. Paixão (2014).

específico para a reparação de vítimas do passado autoritário brasileiro. O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que já vimos sendo discutido e citado nas decisões mencionadas na primeira parte deste artigo) estabelece o direito à reparação a todos que sofreram atos de exceção no período compreendido entre os dias 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Com base nesse dispositivo foram inauguradas políticas de memória e reparação, com a criação de dois importantes organismos de Estado, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (Lei nº 9.140/95) e a Comissão de Anistia (Lei nº 10.559/2002). Essas duas comissões apreciaram milhares de requerimentos formulados por vítimas e familiares. O resultado dessas análises permitiu que fosse trazida a público a pesadíssima herança da ditadura: desaparecimentos, execuções, torturas, perseguições de todo o gênero.

Todo esse trabalho está agora ameaçado. Recente matéria publicada no jornal O Globo traça o quadro atual das políticas de reparação²⁵. Comissões ocupadas por defensores da ditadura, requerimentos sendo indeferidos em sua grande maioria, resistentes e opositores da ditadura sendo qualificados como “terroristas”. A negação pura e simples do texto constitucional. Trata-se de mais uma prática desconstituente – e das mais perversas, porque envolve uma inversão do sentido da Constituição e atinge vidas concretas, projetos de superação do passado traumático, sonhos de uma reparação no tempo presente.

CONCLUSÃO: LAWFARE E A MEMÓRIA DA OPRESSÃO

Os dois casos relacionados à celebração do golpe de 1964 demonstram a participação de setores do Poder Judiciário nas práticas desconstituíntes em voga na crise constitucional que assola o Brasil desde 2016. Abordaremos esse tema em dois tópicos distintos.

1.

As duas decisões que permitiram a comemoração da data em que foi desencadeado o golpe de estado (proferidas pela Desembargadora Corregedora do TRF da 1ª Região e pelo Presidente do STF) possuem um elemento em comum: ambas **normalizam** o arbítrio. Nas duas decisões a pretensão deduzida pelos autores das ações é considerada violadora do “poder discricionário do administrador” (TRF-1, fl. 2) ou do “critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da administração pública” (STF, fl. 4). As duas decisões chegam a invocar um certo hábito institucional; ambas dizem que situações si-

²⁵ Ver <https://oglobo.globo.com/brasil/direitos-humanos/governo-bolsonaro-defensor-da-ditadura-anula-anistias-suspende-busca-por-desaparecidos-politicos-25221959>

milares foram verificadas em anos anteriores, sem que isso tenha configurado ameaça à ordem democrática.

A Constituição é aplicada, nas decisões, como se fosse algo disponível, maleável, uma espécie de matéria amorfa, indistinta. O disposto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – expressamente invocado nas decisões de 1º grau – permanece ignorado. O assunto é tratado como de domínio interno das Forças Armadas.

Ao tolerar práticas celebratórias do regime militar, o STF e o TRF da 1ª Região mantêm uma certa coerência em relação ao decidido pelo próprio Supremo num precedente ligado ao direito à memória e à verdade. Em 2008, o Conselho Federal da OAB propôs uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (a ADPF nº 153) visando à declaração, pelo STF, de que graves violações a direitos humanos cometidas por agentes da ditadura não estão abrangidos pela Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79). Por maioria, o Plenário do STF julgou improcedente a arguição, o que significa dizer que considerou recepcionada, pela atual ordem constitucional, a própria Lei de Anistia. A decisão é criticável sob vários aspectos, desde a desconsideração da principiologia do direito internacional dos direitos humanos até uma suposta “natureza constitucional” da Lei nº 6.683/79 que vem defendida em alguns votos²⁶.

Após o acórdão prolatado nos autos da ADPF 153, o Brasil recebeu duas condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema do direito à memória e à verdade. Nos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog ficou clara a orientação da Corte Interamericana no sentido da impossibilidade de considerar anistiados crimes contra a humanidade (como tortura e desaparecimento forçado). Foram opostos embargos de declaração ao acórdão, que até a redação deste texto, em fins de 2021, não foram analisados. É importante frisar que os embargos foram protocolados em 13 de agosto de 2010. Além disso, há outra ADPF, que recebeu o nº 320, inteiramente baseada na decisão proferida pela CIDH no caso Gomes Lund – que está em evidente conflito com o entendimento proferido pelo STF. A ADPF 320 foi protocolada em 15 de maio de 2014 e está correndo apensada à ADPF 153. Não foi praticado nenhum ato decisório no processo.

A análise da tramitação dessas duas ADPFs revela outra face do *lawfare*: a ausência de compromisso com as vítimas da ditadura. É natural que as pessoas que sofreram os efeitos da repressão – compreendida, no caso da ditadura, entre as décadas de 1960 e 1980 – tenham urgência na definição da postura do STF em relação à responsabilidade do Estado brasileiro. A falta de consciência institucional do STF quanto a essa situação representa, por si só, uma violação a direitos humanos.

²⁶ Cf., a respeito da decisão proferida pelo STF na ADPF 153, a reflexão de Raphael Peixoto de Paula Marques (2018) e Juliano Benvindo e Fernando Acunha (2012, p. 185-205).

2.

O exame das decisões mostra um fenômeno que é comum ao quadro das instituições pertencentes ao sistema de justiça no Brasil. Fica claro que não há homogeneidade na atuação das partes do sistema. Nos dois casos (ação civil pública e ação popular) houve decisões constitucionalmente consistentes proferidas pelos órgãos de 1º grau da Justiça Federal. Há vários pontos de contato entre os dois pronunciamentos emitidos pelos órgãos de primeiro grau de jurisdição: a fundamentação concentrada no teor do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a afirmação do compromisso histórico do processo constituinte de 1987-1988 com a redemocratização e o fim do arbítrio e a necessidade de estabelecimento de limites às forças armadas quanto à pretensão de utilizar equipamentos públicos e meios de comunicação para a celebração de um regime que cometeu graves violações aos direitos humanos.

Mesmo a tramitação dos casos mostrou diferenças – na ação de Brasília, a tutela de urgência foi suspensa por uma decisão da Corregedora do TRF da 1ª Região. Na ação de Natal, o TRF da 5ª Região manteve a decisão liminar, tendo restado à União a alternativa de acionar o Presidente do STF, que revogou o despacho de 1º grau.

Um outro aspecto interessante é o engajamento de integrantes do sistema de justiça. A ação civil pública do DF foi ajuizada pela Defensoria Pública da União. O Ministério Público Federal emitiu parecer favorável à proibição de comemorações do golpe nos dois processos.

Fica claro, pela análise da tramitação dos processos, que o *lawfare* verificado nesses casos tem relação concreta com o posicionamento do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. A decisão do TRF da 5ª Região precisou ser revertida apenas pelo Presidente do STF. Isso mostra o elemento dúplice inerente à ativação do Judiciário: ele pode ser o caminho para a prática de atos vinculados à democracia e de defesa dos direitos fundamentais, mas pode também colocar-se como baluarte da ordem jurídica anterior à constituição a qual deveria estar vinculado. Foi o que aconteceu nesses dois casos – e vem acontecendo na tramitação das ADPs 153 e 320 –, com sérias consequências à democracia, aos direitos humanos, à memória e à verdade²⁷.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo A.A. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritaris-*

²⁷ Uma importante reflexão sobre o papel do Judiciário em tempos de arbítrio está no texto de Vanessa Dorneles Schinke e José Carlos Moreira da Silva Filho (2016).

mo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Edições Câmara dos Deputados, 2017.

BEIGUELMANN, Giselle. *Memórias da amnésia – políticas do esquecimento*. São Paulo: SESC, 2020.

BENVINDO, Juliano Zaiden. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, maio/agosto de 2012, p. 185-205.

BOYM, Svetlana. *The future of nostalgia*. New York: Basic Books, 2001.

FATOVIC-FERENCIĆ, S. BUKLIJAS, T. Mirko Drazen Grmek: the genesis of scientific fact and archaeology of disease. *Coll Antropol*. 2000 Jun; 24(1):1-10. PMID: 10895527.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *REJUR – Revista Jurídica da UFERSA*, v. 2, n. 3, janeiro/junho de 2018, p. 70-86.

MEYER, Emilio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas; CATTONI, Marcelo. Threats to Brazilian Democracy Gain Traction, *VerfBlog*, 2019/11/07. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/threats-to-brazilian-democracy-gain-traction/>.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, 2014, p. 415-460.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. *Jornal GGN*, 13.07.2020(a).

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. *Jornal GGN*, 6.11.2020(b).

PAIXÃO, Cristiano. Um golpe desconstituinte? In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio.; RAMOS FILHO, Wilson (org.). *A resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016, p. 83-85.

PAIXÃO, Cristiano; BENVINDO, Juliano Zaiden. “Constitutional Dismemberment” and Strategic Deconstitutionalization in Times of Crisis: Beyond Emergency Powers, *Int’l J. Const. L. Blog*, Apr. 24, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/04/constitutional-dismemberment-and-strategicdeconstitutionalization-in-times-of-crisis-beyond-emergency-powers/>.

PAIXÃO, Cristiano. CARVALHO, Claudia Paiva. O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República. In: WEHLING, Arno. SIQUEIRA, Gustavo. BARBOSA, Samuel (org.). *História do Direito – entre rupturas, crises e continuidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 184-204.

PAIXÃO, Cristiano. LOURENÇO FILHO, Ricardo. O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição. *Portal Jota*, 29 de junho de 2020.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Poder Judiciário e regime

autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 61, n. 2, maio/agosto de 2016, p. 41-59.

STARLING, Heloisa M. Não dá mais para Diadorim? O Brasil como distopia. In: DUARTE, Luisa. GORGULHO, Victor (org.). *No tremor do mundo: ensaios e entrevistas à luz da pandemia*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020, p. 50-62.

EL “LAWFARE DEL ORDEN PÚBLICO”: UNA INSTRUMENTALIZACIÓN PELIGROSA Y LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Francisco José Infante Ruiz¹

SUMARIO:

1. LA DIFICULTAD CONCEPTUAL DEL CRUCE DERECHOS HUMANOS Y ORDEN PÚBLICO. 2. ALGUNAS FUNCIONES DEL ORDEN PÚBLICO. 3. LÍMITES DEL ORDEN PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4. LA METAMORFOSIS DEL ORDEN PÚBLICO (INTERNACIONAL, Y NO SÓLO). 4.1. Planteamiento. 4.2. Deber de procurar el máximo operatividad real de los Derechos Humanos. 5. “ORDEN PÚBLICO CONTRAPUESTO”. 5.1. Planteamiento. 5.2. Deben evitarse aplicaciones que sublimen el orden público. 6. CONCLUSIONES

1 LA DIFICULTAD CONCEPTUAL DEL CRUCE DERECHOS HUMANOS Y ORDEN PÚBLICO

1. Existe un consenso generalizado en la comunidad jurídica al considerar el concepto orden público como un concepto jurídico indeterminado y de difícil aprehensión *prima facie*². A partir de aquí acaba el consenso y su conceptualización se torna en una ne-

¹ Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, España.

² Esta imprecisión proviene, *naturalmente*, de su condición como “cláusula general”. Las cláusulas generales -advierte José María MIQUEL- son disposiciones legales a las que les falta precisión; contienen

bulosa que engloba innumerables constelaciones conceptuales. Prácticamente, casi cada disciplina maneja un propio concepto de orden público (orden público internacional, orden público privado, orden público constitucional, orden público penal...). El cruce orden público y Derechos Humanos no es ajeno a estos problemas. Además, a ello debe unirse el indudable hecho de que los Derechos Humanos se encuentran en un estado de continua agitación, construcción, actualización y debate³. Por cuanto nos encontramos ante dos *megaconceptos del derecho*, en este trabajo no se pretende, ni mucho menos, abordar la empresa de su precisión conceptual, sino indagar algunas cuestiones sobre la influencia de los Derechos Humanos en la configuración del concepto de orden público; plantear un diálogo para la ciencia del derecho que rehuya de un planteamiento monolítico sobre el orden público interno y sobre todo que permita denunciar su uso abusivo como excusa con la que justificar actuaciones de *lawfare*.

2. Existe una afirmación de la jurisprudencia constitucional española, expresada en relación con el controvertido tema de la *Drittwirkung*, que quisiera enfatizar, por cuanto puede ayudarnos en esta indagación: “*El principio de igualdad es una componente del contenido del orden público constitucional*” (STC 19/1985, de 13 de febrero)⁴. Aunque esta sentencia rechazó el recurso de amparo, efectuó una afirmación que tiene trascendencia en la configuración del orden público mediante los Derechos Humanos en general y en el

para un ámbito determinado una directiva que es aplicable a diversas situaciones, sin que, sin embargo, determine su necesaria aplicación a un concreto caso de la vida; y siguiendo a R. WEBER, precisa el insigne civilista español, que “solo pueden ser definidas como cláusulas generales las disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación en su contenido que además del inevitable ámbito difuso en el llamado *Begriffshof* también carecen de un núcleo de un sentido unívoco claramente comprobable”; entre los ejemplos relevantes, evidentemente, se encuentra el orden público, MIQUEL GONZÁLEZ, J., Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (No. 1, 1997), p. 305.

³ En una literatura jurídica inabarcable, me permito citar un reciente libro colectivo que conmemora la Declaración Universal de Derechos Humanos en su 70º Aniversario desde una perspectiva crítica y con numerosas alusiones a la denominada “teoría crítica de los derechos humanos”: *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, coords. C. PRONER/H. OLASOLO/C. VILLÁN/G. RICOBOM/Ch. BACK (Valencia, 2018).

⁴ La literatura jurídica sobre la *Drittwirkung* es muy extensa, se trata de un tema que ha ocupado, y sigue ocupando, a filósofos del derecho, constitucionalistas, civilistas y mercantilistas (por todos, de fecha más reciente, GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, La Coruña, 2002, pp. 297-314; VENEGAS GARAU, M^a., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, 2004; SARAZÁ JIMENA, R., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, 2011; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, 2012, pp. 314 y ss.).

campo particular de discusión sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que puede sintetizarse, a mi juicio, en dos ideas: (1) los derechos fundamentales y las libertades configuran el concepto de "orden público", lo que en definitiva, entre otras cosas, es un límite a la autonomía privada; (2) las estipulaciones contractuales o las actuaciones particulares contrarias a ellos habrán de considerarse "nulas". Si bien el TC expresa esta idea respecto del principio de igualdad, no existe problema para aplicarla al resto de derechos fundamentales y libertades⁵. Y los Derechos Humanos también. Ante la pregunta sobre qué Derechos Humanos adquirirían esta función, debería responderse frente al caso concreto, y no tanto en términos apriorísticos.

3. Por otra parte, estimo conveniente recordar dos célebres afirmaciones de la Corte Constitucional alemana por la influencia que tuvieron en otras cortes constitucionales y doctrinas. Por un lado, el "caso *Lüth*"⁶, cuya doctrina expresa que los derechos fundamentales garantizados por la Constitución deben considerarse no sólo como derechos de defensa frente al Estado, sino también como un "*sistema objetivo de valores*" que debe aplicarse a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico dirigiendo e informando la legislación, los actos administrativos y las decisiones judiciales, a lo cual tampoco debe ser ajeno el derecho privado. Por otro lado, debe recordarse el también famoso "caso del representante de comercio" (*Handelsvertreter*) donde se asentó la doctrina sobre los deberes del Estado en orden a la protección de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta doctrina, desde el momento que el sistema constitucional impone al Estado el deber de proteger los derechos fundamentales, este deber conlleva también una "*obligación positiva de protección*" (*positive Schutzgebotsfunktion der Grundrechte*), lo que supone el deber de actuar en todos los supuestos de violación del derecho fundamental, también cuando la violación es perpetrada por un particular en una relación jurídica privada. La concepción de los derechos fundamentales como un sistema objetivo de valores puede expandirse también a los Derechos Humanos e igual acontece con la "*obligación positiva de protección*". Estos deberes imponen, en consecuencia, la justificación objetiva de cualquier medida que limite o afecte los Derechos Humanos, sin que pueda acudir, sin más, al expediente genérico del orden

⁵ Expresivamente, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 314-319, habla de "los derechos fundamentales como parte del orden público". Por su parte, DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "El significado de la cláusula de orden público", en *Historia y derecho: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, coord. L. Martínez Vázquez de CASTRO (Valencia, 1995), pp. 129 y ss., analizando diversas funciones del concepto de orden público constitucional, se refiere al "orden público como límite a fundamentales instituciones del derecho privado", si bien limita el enfoque al orden público como límite de la costumbre, como límite a la aplicabilidad de la ley extranjera y como límite de la autonomía de la voluntad, lo que arroja resultados más bien pobres a la hora de dotar contenido al orden público, pues lo restringe a las funciones positivadas en el Código Civil.

⁶ *BVerfG* 15.1.1958, *BVerfGE* 7, 198.

público, utilizado frecuentemente como una mera coartada o excusa. La instrumentación por el *lawfare* del concepto de orden público, que podríamos denominar “*lawfare* del orden público”, no lleva a otro resultado que el de su perversión y esconde la violación de los Derechos Humanos que se tomen en consideración en el caso concreto.

2 ALGUNAS FUNCIONES DEL ORDEN PÚBLICO

4. Pese a esta complejidad y a pesar de que muchas de estas cuestiones permanecen irresolubles en términos prácticos, es posible, sin embargo, hallar un *punto de unión* entre el orden público internacional y el interno en el contexto de los Derechos Humanos. El orden público internacional, en el ámbito público, no se limita a las normas de *ius cogens*, sino también se refiere a un “común denominador de normas” que regula la convivencia internacional y que expresan principios, valores y reglas comunes⁷. Sin embargo, debe aceptarse, como algo consustancial, que su contenido sea muy amplio y no esté definido de manera monolítica, pues puede enfocarse -aunque no únicamente- tanto desde la perspectiva de los Derechos Humanos y su protección como desde la idea de la preservación de una serie de valores o principios superiores y reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional y comunes a los diferentes Estados⁸. Todavía hoy en día, no es un concepto acabado y perfecto. Los Derechos Humanos indudablemente son la expresión genuina de estos principios, valores y reglas universales y, como se verá continuación, también juegan un papel preponderante en la integración del orden público internacional, a lo que no puede resultar ajeno el denominado orden público interno⁹. Por esta razón la excusa de la

⁷ En la teoría clásica el “orden público internacional” comprende tanto las normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens* como el orden legal en su totalidad, LEVI, W., “The International Order Public”, *Revue de Droit International* (1994, No1), p. 56; JAENICKE, G., “Internacional Public Order”, en *Encyclopedia of Public International Law*, dir. R. BERNHARDT (The Max Planck Institute for Comparative Law and International Law, 1992), p. 1350. Se habla, en esta línea, de que el derecho internacional público distingue en su interior un núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de normas imperativas de la comunidad internacional [CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho internacional contemporáneo* (Madrid, 2ª ed., 2001), pp. 142 y ss.; SALMÓN G., E., El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, *THEMIS* (51 Revista de Derecho), p. 153; JIMÉNEZ SOLARES, E., Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional, *Revista de Derecho UNED* (No. 14, 2014), p. 330].

⁸ Cfr. JIMÉNEZ SOLARES, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *op. cit.*, p. 331.

⁹ BOUZA VIDAL, N., La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo, en *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Nùria Bouza Vidal (InDret 2/2017)*, pp. 74-81, distingue,

salvaguarda del orden público con la aplicación de medidas de *lawfare* no puede hacerse en contra de "este común denominador" de normas internacionales. No existe justificación alguna posible por mucho que de orden público se hable cuando los Derechos Humanos son vulnerados o se encuentran en riesgo de vulneración.

5. La dificultad conceptual sobre el orden público ha sido puesta de relieve por innumerables juristas. Es calificada incluso como una "figura enigmática"¹⁰, por lo que es preferible centrarse en las funciones que cumple y en aquellas otras que no puede asumir (el *lawfare* es indudablemente una de ellas). En relación con la función del orden público como límite de la autonomía privada LÓPEZ Y LÓPEZ expresaba una "clarificación esencial", comparándolo con el que indican las leyes (imperativas), que también puede ayudarnos en nuestra labor. "Se debe partir -afirmaba el mencionado autor- de la premisa de que las restricciones de la autonomía privada dictadas por el 'orden público' han de deducirse del Derecho positivo (otra alternativa no cabe), pero que no son los que expresan las leyes (...), porque en tal caso, el concepto de orden público sería una mera duplicación de aquellas"¹¹. A ello deberíamos añadir, por otra parte, la función tradicional del orden público internacional, esto es, la *función impeditiva o negativa*, bien de la aplicación de una ley extranjera, bien del reconocimiento de una realidad consolidada en el extranjero, bien de una práctica que soslaye los Derechos Humanos.

6. Las definiciones más en boga de *orden público internacional* coinciden con las del *derecho interno* en lo esencial, sin bien las matizaciones pueden ser innumerables¹². Así, por ejemplo, GARCIMARTÍN ALFÉREZ define el orden público internacional como "los valores y principios fundamentales del ordenamiento; en particular los de rango constitucional y

por un lado, "orden público interno", en el que se incluyen las normas imperativas simples u ordinarias y que se aplican tanto a los contratos internos como internacionales, y, por otro, "orden público internacional", donde se consideran las *leyes de policía* ("normas internacionalmente imperativas") y la *clásica cláusula de orden público* ("excepción" de orden público o "reserva" de orden público, según los autores), esto es, mecanismos destinados a salvaguardar los principios y libertades fundamentales y los intereses públicos o generales contemplados en la Constitución y otras normas de rango legal.

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, *Anuario de Derecho Civil* (Fasc. 4, 1982), p. 1022. Los autores que se ocupan del concepto de orden público suelen destacar esta dificultad conceptual; recientemente, OLIVA BLÁZQUEZ, F., Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público, en *La autonomía privada en el Derecho Civil*, coord. M^a A. PARRA LUCÁN (Cizur Menor, 2016), p. 334.

¹¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 310.

¹² Con las conceptualizaciones ensayadas en el derecho público, en especial el constitucional (recordemos que el núcleo básico del orden público proviene de los principios, valores y derechos constitucionales), las coincidencias, sin embargo, desaparecen. Suele ser habitual en aquel ámbito identificar el orden público con el "fin del Estado" y como cláusula que permite "limitar derechos y garantías", así como integrar su contenido con los "conceptos de seguridad y paz" [MONTALVO ABIOL, J. C., Concepto de orden público en las democracias contemporáneas, *RJUAM* (No 22, 2010-II), pp. 207, 211, 212 y ss.].

los recogidos en los Convenios de derechos humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en normas de rango legal¹³. Por su parte, LÓPEZ Y LÓPEZ ofrece la siguiente definición: “sistema de límites deducidos del conjunto del ordenamiento jurídico, y opera no por determinaciones expresas, sino por principios”; y a continuación añade cómo deben entenderse dichos principios: “conjunto que comprende los esenciales para la salvaguarda de la estructura política (en un sentido muy general), y por consiguiente, de la sociedad”¹⁴. En esta conceptualización los Derechos Humanos deben contemplarse como criterios que componen o conforma el orden público¹⁵. Por esta razón, los Derechos Humanos son un punto de encuentro de las vertientes principales del orden público. *En otras palabras, los Derechos Humanos irradian su contenido intelectual a las diversas versiones de orden público.*

7. No debe existir, a mi juicio, una jerarquía entre los diferentes Derechos Humanos, pues lo importante es que todos y cada uno de los Derechos Humanos existentes integran el concepto de orden público y pueden limitar, si es el caso, una aplicación “absolutista” del mismo. Esta consideración lleva a una cuestión básica. Si la actuación realizada como medida de *lawfare* por un Estado se basa en la aplicación del orden público, aunque se excuse en la salvaguarda de los fines del Estado, si conduce a una vulneración de un Derecho Humano o de los “principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional”, tanto los jueces nacionales como las Cortes internacionales podrán decretar su nulidad.

3 LÍMITES DEL ORDEN PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

8. Cuando el concepto de orden público, en cualquiera de sus vertientes, entra en “confrontación” con los Derechos Humanos, lo primero que se observa es que éstos adquieren una intensa *función conformadora* del propio contenido del orden público, y que esta función no se circunscribe exclusivamente al plano internacional, sino también al interno. En otras palabras, los Derechos Humanos proveen principios, valores y reglas

¹³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional privado*, (Cizur Menor, 4ª ed., 2017), p. 318. Vid. también, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?, *op. cit.*, p. 146, quien destaca el papel transformador (de “metamorfosis”, nos habla el autor) de los derechos humanos, en especial, de la jurisprudencia del TEDH, en la configuración del “orden público internacional”.

¹⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁵ Véase, por ejemplo, OLIVA BLÁZQUEZ, F., Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público, *op. cit.*, pp. 340 y ss., 346 y ss., pp. 351 y ss.

que pergeñan el contenido del orden público, sea éste internacional, sea interno, y también, como no, del orden público considerado como el "último fin del Estado".

9. Conviene recordar la inclusión del "pensamiento crítico" en la teoría de Derechos Humanos. Nos es el momento de un estudio acerca del "pensamiento crítico", ni tampoco la pretensión de una aportación. Brevemente, por "pensamiento crítico" la filosofía suele referirse al conjunto de aportaciones que provienen de la denominada "teoría crítica"¹⁶ desarrollada por la Escuela de Frankfurt desde la segunda década del siglo pasado hasta nuestros días, y que se ha expandido más allá de su topónimo a otros países¹⁷. La "teoría crítica" afirma que las condiciones sociales de opresión, discriminación, exclusión y explotación son el producto de construcciones históricas y, por lo tanto, son susceptibles de ser transformadas. Desde Max HORKHEIMER¹⁸ hasta la nueva generación actual de autores, los estudios son muy variados y las líneas de pensamiento llenas de matices y enseñanzas, pero en todas ellas siempre hay un denominador común: es posible superar el naturalismo o determinismo histórico y transformar la sociedad dotándole de los elementos suficientes que permitan una "emancipación" frente al pensamiento hegemónico. Todos sus autores parten de una premisa de actitud crítica mediante la cual se niegan a aceptar la mera facticidad de lo dado, de lo ya establecido apriorísticamente como una especie de imperativo kantiano. Me interesa especialmente el resultado que muchos autores de este pensamiento alcanzan en la siempre fatigosa empresa sobre la enunciación y la teorización de los Derechos Humanos: no existe una jerarquización de Derechos Humanos y debe abandonarse la idea de su estratificación en diversas fases en su desarrollo histórico (Derechos Humanos de primera generación, segunda, tercera, etc.)¹⁹. Sostener lo contrario sería mantener un formalismo jurídico anacrónico, tantas veces inoperante y que muchas otras se utiliza

¹⁶ No entro a discutir si es mejor hablar de "teoría" o de "pensamiento". Simplemente, al objeto de convenir una primera aproximación al tema, puede considerarse que "pensamiento crítico" es un concepto más amplio en el que es posible reunir las varias corrientes de la crítica sociológica y jurídica, mientras que por "teoría crítica del derecho" atendemos principalmente a su precipitado o resultado en la teoría del derecho, donde igualmente deberán considerarse diversas corrientes o tendencias.

¹⁷ Para una síntesis de este pensamiento, con excelentes aportaciones del autor, GÁNDARA CARBALLIDO, M., *Crítica del pensamiento crítico. Apuntes para pensar las luchas*, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* (Vol. 26-1, I, 2015), pp. 16 y ss. *Vid.* para un análisis completo, WIGGERSHAUS, R., *La Escuela de Fráncfort*, trad. M. Romano Hassán (Universidad Autónoma - Fondo de Cultura Económica, México D.F., reimp. 2011).

¹⁸ *Vid.* HORKHEIMER, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, trad. J. L. López y López, introd. J. Muñoz (Paidós, Barcelona, 2000); ADORNO, T.; HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, introd. trad. J. J. Sánchez (Trotta, Madrid, 10ª ed. reimp 2018).

¹⁹ Se habla incluso de una "filosofía impura de los derechos" que contempla los Derechos Humanos en el "mundo real", "repleto de situaciones de desigualdad, de diferencias y disparidades, de impurezas y de mestizajes que nunca debemos ocultar bajo algún 'velo de ignorancia'", ya que "sólo lo impuro es *cognoscible*, en tanto se halla situado en un espacio, en un contexto, en un determinado conjunto de

como un “muro” o “velo de ignorancia” para la solución de los problemas del mundo real²⁰. Considera Manuel ATIENZA, de modo impecable, en la noble tarea de sondear vías de transformación social a través del derecho, que el formalismo es una visión del derecho que lo reduce a lo que los textos legales dicen y que resulta “insuficiente”, pues “trasluce una concepción excesivamente pobre del Derecho, que no permite entender cómo funciona el complejo aparato jurídico que caracteriza a nuestras sociedades y –lo que es más importante- dificulta enormemente que el Derecho (o cierto tipo de Derecho: el del Estado constitucional) pueda desplegar adecuadamente una función de transformación social”²¹.

10. Si bien es difícil conseguir que los Estados -y los Gobiernos- se aparten del todo del formalismo, sí es posible exigir, parafraseando a DWORKIN, que por lo menos lo intente y sobre todo que “tome los derechos en serio” y “que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa”²². Esta exigencia existe, *constitucionalmente*, al menos en materia de derechos fundamentales, pues el Estado tiene -recordemos- el “deber positivo” de proteger los derechos. Y también existe, *epistemológicamente*, en relación con los Derechos Humanos, aunque en este ámbito dicho “deber positivo” sea percibido con menos claridad o intensidad. De ahí, la iluminante idea, que no es sólo un deber ético, de tomarse los Derechos Humanos en serio.

11. Por cuanto se ha dicho, debe procurarse un *diálogo fructífero* entre el orden público interno y el internacional gracias a esta función de los Derechos Humanos. Es más, en culturas constitucionales abiertas, como es el caso de la nuestra²³, donde los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos coadyuvan a la interpretación de los

situaciones”, “sólo lo impuro es *describible*”, “sólo lo impuro es *relatable*”, HERRERA FLORES, J., *La reinención de los derechos humanos* (Atrapasueños, Sevilla, 2008), pp. 73, 74, 77.

²⁰ En esta perspectiva considero muy acertada y valiente la apuesta de FARIÑAS DULCE, M^a. J., *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*, (Madrid, 1997), p. 57, quien expresa que “podemos ver los derechos no como mero objeto cognitivo, sino como *campo cognitivo*, lo cual los hace susceptibles de distintas perspectivas de análisis y diferentes métodos de comprensión”.

²¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho* (Pasos Perdidos, Madrid, 2003), p. 11.

²² DWORKIN, D., *Los Derechos en Serio*, traducción M. Guastavino (Ariel, Barcelona, 1984), p. 278.

²³ Vid. SAIZ ANRAIZ, *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid, 1999). Recuérdese que el art. 10.2 CE dota de “contenido internacional”, por vía de interpretación e integración, a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, y aunque este valor no otorga *per se* un rango constitucional a los tratados internacionales sí permite una conexión entre dichos derechos y libertades y los consagrados en los textos convencionales [por todos, JIMÉNEZ GARCÍA, F., Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos, *Revista Española de Derecho Constitucional* (No. 101, 2014), pp. 85-86]. Sin embargo, esta visión, que muestra el mínimo de operatividad posible, está transformán-

derechos fundamentales, aparece esta función hermenéutica de los Derechos Humanos con un valor que podríamos considerar preeminente²⁴. Por lo que a Europa se refiere, conviene recordar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido incorporado al derecho interno de la mayoría de los Estados y que, en muchos de ellos, como sería el caso de España, ha alcanzado una especie de *status* "supra-legislativo", o incluso "supra-constitucional"²⁵; e incluso alguna corte constitucional ya no sólo lo invoca como mero parámetro interpretativo de las normas constituciones y legales, sino que, mediante a una interpretación conforme al Convenio (*secundum conventionem*), le asigna efectos directos y aplica *directamente* algunos de los derechos consignados en el texto convencional²⁶. Este diálogo también se traslada a los altos tribunales con competencias para la interpretación de los Derechos Humanos, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Cortes Constitucionales, hasta el punto de que hoy en día puede hablarse de una verdadera "conurrencia" o "unión de jurisdicciones"²⁷, siendo un diálogo no siempre bilateral, sino frecuentemente *multilateral*, que se caracteriza, entre otros aspectos, por una interpretación de los derechos fundamentales realizada por el TEDH en clave *constitucional*, por un constitucionalismo en red y la universalidad de los derechos ("*transjudicial communication*"), por la existencia de una *jurisprudencia suasoria* que emplea el diálogo como fuente recíproca

dose en los últimos tiempos gracias a un "diálogo más abierto e intenso" entre el derecho internacional de los derechos humanos y el constitucional.

²⁴ Por lo que al Tribunal Constitucional español se refiere, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, al asumir un "criterio contextual-evolutivo de nuestra cultura jurídica", es uno de los ejemplos más significativos de esta vía: "[...] la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante [...]"; *ad rem*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos", *op. cit.*, p. 87. Sobre la interpretación evolutiva de la Constitución y la doctrina constitucional del "árbol vivo", véase el excelente trabajo de GARCÍA RUBIO, M^a. P., La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *La Ley* (No 5, 2005), pp. 1118-1131, de quien el TC extrae esta doctrina.

²⁵ *Vid.* STONE SWEET, A., *A Europe of Rights: the impact of the ECHR on national legal systems* (Oxford, 2008).

²⁶ Destaca, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 4 de abril de 2011 (n^o 113) en la que se declara una inconstitucionalidad por omisión sobre la adecuación al artículo 117 de la Constitución italiana de la legislación interna relativa a los vínculos derivados de obligaciones internacionales, aplicándose el art. 46 CEDH, sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias; *ad rem*, GARCÍA ROCA, J., El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* (No. 30, 2012), p. 185.

²⁷ GARCÍA ROCA, J., El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo, *op. cit.*, p. 184.

y de legitimidad, por ser un *constitucionalismo supranacional* de los derechos con debate abierto y por una actuación del TEDH como tribunal comparatista²⁸.

12. En consecuencia, en línea de principio, se identifican dos funciones esenciales de los Derechos Humanos en su relación con el orden público: interpretativa e integrativa. Pero puede haber más. Intento explicarlo a continuación.

4 LA METAMORFOSIS DEL ORDEN PÚBLICO (INTERNACIONAL, Y NO SÓLO)

4.1 Planteamiento

13. Esta idea la expresa magistralmente Santiago ÁLVAREZ quien observa que la *exclusividad* (cada Estado determinada el contenido de su propio orden público internacional) presenta como elemento de atenuación importante la normativa internacional de Derechos Humanos y sobre todo su concreción por el TEDH²⁹. De este modo, existe un denominador común del contenido del orden público internacional de dos o más Estados diferentes³⁰. Así, la normativa internacional de Derechos Humanos actúa -expresa el mencionado autor- como un “factor de atenuación” de la exclusividad del contenido del orden público de cada Estado, pero por sí misma –he aquí el dilema, a mi juicio- no llega a determinar un núcleo duro uniforme con soluciones idénticas ante similares problemas³¹. Sin embargo, cuando la Corte de Derechos Humanos resuelve sobre si un Estado ha vulnerado o no alguno de los derechos del Convenio puesto en cuestión, en un caso singular, “la concreción del contenido del derecho humano para el caso singular también concreta el contenido del orden público”. Esta realidad lleva a una consecuencia que el propio autor califica como “trascendente”: nos encontramos ante una auténtica “metamorfosis en la operatividad de los derechos humanos” y “los dere-

²⁸ Todos estos aspectos son destacados y explicados brillantemente por GARCÍA ROCA, J., El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *op. cit.*, pp. 186 y ss, esp. pp. 186, 190, 196, 199, 206.

²⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada estado?, *op. cit.*, pp. 155-156.

³⁰ Vid. también, en la misma línea, CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Gestión por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Vol. 7, Nº 2, 2015), p. 109, quienes afirman que “[e]l orden público internacional ‘español’ se hace ‘europeo’ gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

³¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada estado?, *op. cit.*, p. 157.

chos humanos actúan más que como obstáculo, como ariete contra los obstáculos", "en un sentido positivo", "derribando fronteras jurídicas más que afianzándolas"³².

14. Suscribo plenamente estas ideas. Como vengo insistiendo a lo largo de este trabajo, esta concreción del orden público mediante los Derechos Humanos es exigible también al orden público interno, el cual camina hacia dicha metamorfosis, aunque a paso más lento. Sin embargo, existen tres realidades que muestran un cierto proceso de metamorfosis. *Primero*, la máxima que se extrae de la propia jurisprudencia constitucional: los derechos fundamentales son una componente del orden público en las relaciones jurídicas *inter privados*. *Segundo*, el hecho incontrovertido de que la doctrina moderna -no podía ser de otro modo- incluye en el contenido del orden público interno el principio de dignidad de la persona y los derechos y libertades consagrados constitucionalmente. *Tercero*, la intensificación actual de la teoría de la apertura constitucional en materia de interpretación de los derechos y libertades constitucionales, que está permitiendo un "diálogo más transformador" mediante la inclusión de los Derechos Humanos no sólo como herramientas que coadyuvan a la interpretación e integración de aquellos, como venía siendo habitual hasta ahora, sino también como "contenidos intelectuales" que se proyectan en el sistema constitucional (la idea del "constitucionalismo en red" y de la "universidad de los derechos" es trascendente en este sentido). Por todo ello, no es ya posible que el orden público internacional y el interno caminen por sendas diferentes.

4.2 Deber de procurar el máximo de operatividad real de los Derechos Humanos

15. La incerteza sobre el orden público se intensifica aún más cuando se contrastan los niveles: teniendo un orden público internacional y común, ante idénticos casos, los Estados frecuentemente resuelven de manera diferente. El dilema no es fácil de solucionar, o tal vez no sea posible la solución plena, salvo que el orden público de cada Estado fuese sustituido por un único orden público, pero en parte puede intentarse mediante una *labor de procura de un máximo de operatividad real de los Derechos Humanos*. Sin negar que el orden público de cada Estado arrojará a menudo soluciones diferentes ante problemas idénticos, debemos dejar de focalizar las controversias en los conceptos y centrarnos más en los efectos³³.

³² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?, *op. cit.*, p. 158-159 (donde se encuentran las ideas entrecomilladas).

³³ Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad conforme a la ley, en *El orden público interno, europeo e internacional*

16. No se trata, por ejemplo, de que un Estado –se parte de la premisa del respeto de los Derechos Humanos- que no concede a los homosexuales el derecho a casarse reconozca u homologue el matrimonio contraído en un país que sí lo reconoce, pero no debe negar los efectos a dicha unión y evitar discriminaciones no consentidas. El principio de igualdad y el respeto de la dignidad son los Derechos Humanos que no pueden violarse bajo el pretexto de la salvaguarda del orden público. Tampoco, por estas mismas razones, debe obviarse el interés superior del menor, el respeto de su dignidad y su derecho a una vida privada, y negarse la inscripción de la filiación que ha sido determinada conforme a las leyes de un tercer Estado que permite la gestación por sustitución, siempre que “el objeto del reconocimiento provenga de una sentencia o de un acto público que no sea meramente recepticio”, ya que, según se dice, “la intervención de la autoridad pública extranjera en la creación del vínculo jurídico de filiación, permite presumir que la filiación del menor ha sido legalmente establecida, en su mejor interés, con audiencia de partes”³⁴.

17. Por lo tanto, el *máximo de operatividad real de los Derechos Humanos* influye, neutralizando, bloqueando o modulando, según el caso, en la tradicional función negativa del orden público. Esta dimensión debería verse como prioritaria en “culturas constitucionales abiertas”, ya he insistido antes en ello, como es el caso de la nuestra. Y también es aplicable en la práctica de la *lawfare* en todas sus vertientes, pero, por supuesto, en aquella que se escuda o camufla bajo el manto o la apariencia de la salvaguarda del orden público.

5 “ORDEN PÚBLICO CONTRAPUESTO”

5.1 Planteamiento

18. Lo anterior nos lleva a la idea de lo que podríamos denominar el “orden público contrapuesto”, u “orden público en crisis”. En no pocas ocasiones el orden público interno

civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal (InDret 2/2017), pp. 237-239, quien analiza los métodos y sus requisitos para el reconocimiento de decisiones y situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Por su parte, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución, en *Mujer, Maternidad y Derecho*, dir. M^a P. GARCÍA RUBIO (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019), § 7, muy expresivamente, señala lo siguiente: “[c]onsideramos radicalmente opuesto a nuestro ordenamiento jurídico el llamado matrimonio poligámico, pero cada vez aceptamos más y más efectos derivados del mismo (como, por ejemplo, el reparto de la pensión de viudedad entre ambas “viudas”). Un primer dato a tener en cuenta, pues, es que el debate de todo o nada no sé si valdrá para la política legislativa sobre situaciones internas, pero no es eficiente en relación con las internacionales. O no en todos los casos, y la gestación por sustitución es uno de ellos”.

³⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad conforme a la ley, *op. cit.*, p. 238.

(esto es, el orden público internacional de cada Estado) bloquea el reconocimiento de una sentencia o de una situación jurídica extranjera, sin ponderar convenientemente la presencia de un Derecho Humano básico, por el afán del juez interno de salvaguardar la cláusula de orden público en cuestión. La situación es aún más grave cuando se plantea una acción o medida de *lawfare* con la excusa del mantenimiento del orden público, subterfugio con el se pretende evitar cualquier ponderación que deslegitime la acción o medida. Pero, ¿y si el "contenido" que se bloquea encierra -por así decirlo- "otro" orden público? A menudo nos olvidamos de que la cuestión que se ignora, se pasa por alto, o sencillamente no se tiene en cuenta, es un Derecho Humano (o varios Derechos Humanos), lo que, desde el punto de vista axiológico, es tan orden público como el propio orden público que se pretende proteger. En estos casos, de acuerdo con la teoría constitucional, sería necesario realizar un juicio de ponderación constitucional, pues nos encontramos ante derechos o principios de igual valor constitucional. En este orden de cosas, pueden recordarse las impagables enseñanzas de ALEXY sobre el principio de proporcionalidad: "Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de colisión"³⁵. La misma idea se puede trasladar a la colisión entre orden público puesto en cuestión y Derechos Humanos. El juzgador no puede hacer prevalecer el orden público interno alegado por el Estado como principio de salvaguarda sin valorar y ponderar los Derechos Humanos presentes.

5.2 Deben evitarse aplicaciones que sublimen el orden público

19. En el ámbito de los derechos sociales y el desarrollo, se habla de la metodología del "*enfoque basado en los Derechos Humanos*"³⁶. A mi juicio, no es una metodología que deba circunscribirse exclusivamente a este campo, sino que puede tener una vocación universal. En el tema que nos ocupa es indudable. Por cuanto se ha dicho, debemos entonces evitar aplicaciones del orden público que lo sublimen, *sin hacer una ponderación adecuada ante la presencia del Derecho Humano fundamental puesto en cuestión*.

³⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. introd. C. BERNAL PULIDO (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014), p. 92.

³⁶ CHACÓN MATA, A., Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica, *R.V.A.P* (No. 108, 2017. pp. 43-86.

6 CONCLUSIONES

20. (1) El contenido del orden público se integra mediante los convenios y tratados de Derechos Humanos (*función integradora*). (2) Los Derechos Humanos irradian su contenido intelectual a todo el ordenamiento jurídico, en especial, en entornos de “cultura constitucional abierta” (*función interpretadora*). (3) Los Derechos Humanos prevalecen frente a una aplicación del orden público interno absoluto; es el fenómeno que se produce en lo que he denominado “orden público contrapuesto” (*función de prevalencia o defensiva de los derechos humanos*). (4) La acción o medida de *lawfare* que se esconda o camufle tras el orden público (“*lawfare* del orden público”) al entrar en colisión con los Derechos Humanos carece de cualquier legitimación constitucional, es nula y debe ser revertida.

LAWFARE E DANOS SOCIAIS NO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF EM 2016¹

José Carlos Moreira da Silva Filho²

Lia Raquel Sousa Rabelo Fernandes³

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO AO LAWFARE; 2. O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF; 3. O LAWFARE NO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF; 4. LAWFARE E DANOS SOCIAIS – UM OLHAR CRIMINO-LÓGICO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

¹ Este artigo é um dos resultados de projeto de pesquisa apoiado pelo CNPq com Bolsa Produtividade em Pesquisa. O artigo foi selecionado para apresentação no evento “I Jornadas Internacionales – Desafío en el campo de los Derechos Humanos – El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los Derechos Humanos”, organizado pela Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (Argentina) e ocorrido em Buenos Aires/Argentina no Espacio para la Memoria, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (ex ESMA) entre os dias 2 e 3 de dezembro de 2021.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília / Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC / Doutor em Direito das Relações Sociais / Pós-Doutor em Criminologia pela Universidad de Barcelona (2020) / Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na Escola de Direito e na Escola de Humanidades (Curso de Relações Internacionais) da PUCRS / Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq / Professor Convidado no Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide em Sevilha, Espanha / Professor Convidado no Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal da Universidad de Barcelona / Sócio-Fundador da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia - ABJD / Ex-Vice-Presidente e Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (2007-2016) – jose.filho@pucrs.br

³ Graduada em Direito pela Faculdade Piauiense (2011). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT). Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – lia.f@edu.pucrs.br

1 INTRODUÇÃO AO *LAWFARE*

Uma das primeiras menções ao termo *lawfare* é feita por CARLSON e YEOMANS (1975) que traçaram a involução do *Community Law* (Direito Comunitário) para o *Societal Law* (Direito Social, lei social), estabelecendo que o Direito Comunitário, centrado nas normas da comunidade, da mediação, das relações familiares, da saúde-bem-estar, da educação e da cultura, foi engolido pelo Direito Social (Justiça Humana), o que sedimentou a monopolização do Estado na elaboração das leis. Neste ponto específico do trabalho, defendem que a busca pela verdade é substituída pela classificação das questões e pelo refinamento do combate e emplacam que o “*lawfare* substitui a guerra e o duelo é feito com palavras em vez de espadas”.

Na verdade, a descrição proposta pelos autores é diferente dos conceitos de *lawfare* que surgirão, tendo em vista que a ideia original reflete a superação, ou distanciamento pelo Estado das normas consuetudinárias. CARLSON E YEOMANS (1975) constataram que, à época, o único meio de transpor os conflitos da sociedade era perante os tribunais, situação que desencadeava um desprezo, por exemplo, ao papel pacificador da mediação. O texto em questão não faz referência, portanto, ao uso estratégico do Direito, ou até mesmo da sua manipulação, para o atingimento de determinados fins.

Sob outro viés, o livro *Unrestricted Warfare*, dos generais LIANG e XIANGSUI (1999: 124-151), inseriu o Direito em um cenário de guerra, compreendendo que o seu manuseio poderia vencer disputas antes decididas em campos de batalha, referindo-se a formas alternativas de guerra, tal qual a “guerra legal” e as “guerras não militares”.

Em 2001, o General da Força Aérea dos Estados Unidos, Charles DUNLAP (2001), baseando-se em ensaio produzido no ano 2000 por RIVKIN e CASEY (2000: 35)⁴, manejou severas críticas ao *lawfare*, por considerar que a utilização estratégica de leis humanitárias com propósito de interromper atividades militares dos Estados Unidos poderia conter a liderança estadunidense global.

Em novo escrito, em 2011, DUNLAP (2011: 315-325) modifica o primeiro conceito por ele utilizado e, após justificar a evolução da definição anterior, traz uma nova compreensão do *lawfare* como sendo: “*A estratégia de usar - ou abusar - da lei como um substituto para os meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate.*”

⁴ Em tradução livre, os autores defendem que existem muitas dimensões para a lei, mas aquela cada vez mais frequentemente adotada pelos oponentes dos EUA é uma manipulação cínica do estado de direito e dos valores humanitários que ela representa. (RIVKIN JR., CASEY, 2000) *The Rocky Shoals of International Law*. National Interest Disponível em: <https://nationalinterest.org/article/the-rocky-shoals-of-international-law-523>. Acesso em: 04 out 2021).

No ano 2016, o professor da Universidade do Arizona, Orde KITTRIE (2016: 1), indicou como concepção primitiva de *lawfare* a prática descrita no livro *Mare Liberum* de Hugo Grotius (1609)⁵, cujo teor advoga a favor da livre navegação das nações no Mar Índico frente à proibição promovida por Portugal, situação que ensejou o acionamento do Direito para alcançar a permissão para marear.

De acordo com KITTRIE (2016 *apud* SANTORO e TAVARES, 2021: 33), podem ser identificados dois tipos de *lawfare*. O primeiro deles, *lawfare* instrumental, é caracterizado pela utilização da lei para alcançar um efeito similar ao atingido mediante ações militares. Há, ainda, o *lawfare* compliance-leverage disparity, praticado para obter um ganho no campo de batalha em virtude da grande influência que o Direito tem sobre os adversários.

Assim, a origem do *lawfare*, sobretudo na literatura estrangeira, remete sempre a um contexto de guerra militar que, mediante a utilização/manipulação do Direito, pode ser evitada ou vencida sem um efetivo confronto bélico.

Contudo, o uso do conceito vem sendo verificado em outras situações que não possuem relação direta com combates militares, embora esteja relacionado a uma linguagem e a objetivos militares. Presentemente, a prática do *lawfare* é compreendida como a utilização estratégica do Direito para atingir adversários políticos e permitir a realização de certos objetivos políticos e econômicos.

Sob esta ótica, dois grandes acontecimentos da recente história política brasileira são considerados como exemplos de *lawfare*: o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Rousseff e a Operação Lava Jato que, ao condenar em 2017 o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em face de acusações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, confirmando esta sentença em segunda instância em 2018⁶, o tirou da corrida presidencial neste mesmo ano e favoreceu a ascensão da extrema direita ao poder, personificada no candidato vencedor, Jair Bolsonaro.

Nesse sentido, importa destacar a definição de *lawfare* elaborada por ZANIN, MARTINS e VALIM (2020: 26), para os quais o “*lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”. Os autores, na qualidade de advogados do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, formularam tal proposição com os olhares voltados à Operação Lava Jato e o seu conceito promove uma perfeita adequação ao caso lavajatista.

⁵ A versão em inglês da obra, sob o título *The Free Sea*, está disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/free_sea_ebook.pdf. Acesso em 05 out 2021.

⁶ Segundo a Lei Complementar N°135/2010, mais conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, pessoas com condenação confirmada em segunda instância, mesmo quando estão recorrendo da sua condenação, não podem se candidatar a cargos públicos.

Já o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Rousseff, ocorrido em 2016, para grande parte da comunidade jurídica (PRONER, CITTADINO, RAMOS FILHO, TENEMBAUM, 2016; SILVA FILHO, 2018), também é considerado um exemplo de *lawfare*⁷. Em termos de *lawfare*, a principal diferença entre o processo de impedimento de Dilma Rousseff e a Operação Lava Jato é que o campo de atuação dos agentes públicos que perpetraram o *lawfare* não estava circunscrito apenas ao território judicial, mas também perante o Poder Legislativo.

Porém, repita-se, a despeito do deslocamento do “campo de batalha”, o denominador comum do *lawfare*, como sendo a utilização estratégica do Direito para atingimento de determinado objetivo, permanece inalterado.

Um professor da Universidade de Harvard, John COMAROFF (2016), identifica que o *lawfare*, tal qual as guerras militares, possui três dimensões: a geografia, o armamento e as externalidades. A geografia pode ser caracterizada pelo lugar onde a guerra é travada. O armamento é representado pelo instrumento de combate, que, no caso do *lawfare*, é o Direito. Por fim, as externalidades dizem respeito à condução da opinião pública, em grande parte praticada pela mídia, na formação de um discurso hábil a legitimar as condutas praticadas no *lawfare*.

SANTORO e TAVARES (2021: 37), perfilando o pensamento de KITTRIE, propõem dois testes para avaliar se determinada prática pode ser considerada como *lawfare* político⁸: a) o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pelas ações políticas e b) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o *lawfare* está sendo manejado.

Observa-se que os supracitados autores, acompanhando a evolução do emprego do *lawfare*, excluem do seu núcleo o aspecto militar da sua práxis para incluir uma tendência política. Em outras palavras, a proposta de SANTORO e TAVARES (2021) substitui o tipo

⁷ DARDOT, LAVAL, GUÉGUEN e SAUVÊTRE (2021: 245-246) consideram o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma um “golpe de Estado legal”, isto é, um golpe de Estado que se deu por meio da instrumentalização do aparato jurídico, com ênfase para a ação parlamentar, sendo também, portanto, um golpe parlamentar. Afirmam também os autores que, juntamente com o implacável cerco judicial ao ex-Presidente Lula, promovido pela operação lava-jato, o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma torna o caso brasileiro um caso exemplar de *lawfare*, ou guerra jurídica.

⁸ Nosso ponto de vista é o de que, considerando que o viés político é indissociável do *lawfare*, a expressão “*lawfare* político” é redundante e, na prática, não representa maior utilidade do que o simples uso do termo *lawfare* com a correspondente indicação ao caso em que se aplica.

de ação, fazendo uma troca da ação militar pela ação política, além de definir que o *lawfare* é destinado a atingir um adversário político e não militar.

Ainda nessa toada, com vistas à compreensão do exercício do *lawfare* no âmbito político, o *lawfare* é caracterizado pela utilização parcial ou partidária do Poder Judiciário, da lei, dos seus dispositivos e procedimentos jurídicos, e, também, de todo aparato de Estado a sua disposição, por agentes públicos com condutas desviantes, para perseguir, combater e impedir os seus opositores políticos ou sabotar políticas públicas, o que, por fim, produz desequilíbrio e instabilidade jurídica e política, e solapa as condições de possibilidade necessárias à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, baseado na estabilidade emanada das garantias constitucionais e do seu cumprimento (AGUIAR, 2020: 54-72).

As premissas destacadas revelam, portanto, que o *lawfare* pode ser aplicado nas mais diversas vertentes, sobretudo porque o Direito, na condição de instrumento para a prática do *lawfare*, regula toda a vida em sociedade e rege as relações entre pessoas, mercados e nações.

Com efeito, o *lawfare*, como palavra ou mera expressão de um fenômeno, em verdade é um termo novo e atual. Entretanto, representa um diagnóstico de condutas há muito observadas e combatidas, a exemplo do subsistema penal de exceção calcado por FERRAJOLI (2002: 650).

FERRAJOLI (2002: 650) esclarece que a assunção de uma emergência, seja ela antiterrorista ou anticorrupção, representa uma justificação política de ruptura das regras do Estado de direito, propondo que a intervenção punitiva dela decorrente não se subordine à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas esteja a ela supraordenada. Em outras palavras, defende que a emergência é um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva que não é mais jurídica, mas imediatamente política.

Nessa mesma linha de entendimento, ZAFFARONI (2007: 185) apresenta que o discurso penal punitivista se manifesta através da criação de uma emergência que posteriormente será solucionada por meio do sistema punitivo:

É regra que, junto com cada emergência, surja uma burocracia nacional e internacional que procure mostrar eficácia para justificar sua própria existência e, como é natural, um dos seus primeiros objetivos – por ser o mais simples, demonstrável e midiático – é promover reformas legislativas penais de corte inquisitorial.

Ademais, conquanto não faça uso do termo *lawfare*, Pedro SERRANO (2016: 110) identifica uma forma de exceção exercida pela jurisdição com a chancela do Poder Judiciário aos atos políticos de interrupção institucional e suspensão democrática:

Tal fenômeno ocorre quando ascendem na América Latina governos de esquerda democrática e surge a necessidade de produção de atos formais para combatê-los. Esses atos formais são produzidos pelos poderes onde há espaço, no plano político, para a expressão do conservadorismo, ou seja, o legislativo e, na maior parte das vezes, o próprio judiciário.

À vista disso, o *lawfare* pode ser também compreendido como um ato político formal, cujo exercício implica, além do enfraquecimento de um oponente político, uma ruptura institucional e uma consequente afronta à democracia constitucional.

Outrossim, SERRANO (2020: 144-165) preconiza a existência de um “autoritarismo líquido”, apontando a coexistência do Estado Democrático de Direito, formalmente realizado pela Constituição e acessível para a parcela economicamente incluída da sociedade, e do Estado de exceção na forma de técnica de governo ou como uma governança permanente de exceção.

Assim, verificada a existência de medidas de exceção no bojo de democracias fundadas pelo Estado de Direito, o *lawfare* encontra terreno fértil para emergir como instrumento de controle e/ou de retomada de poder pelos agentes políticos que detêm respaldo para inaugurar uma guerra político-jurídica em desfavor dos seus oponentes.

2 O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF

O presente artigo é centrado no estudo das circunstâncias que deram ensejo à destituição da Presidenta Dilma Rousseff e a identificação de consequências que se seguiram em termos de danos sociais.

O disputado resultado da eleição presidencial de 2014⁹, no embate travado por Dilma Rousseff, candidata do Partido dos Trabalhadores (PT) e Aécio Neves, candidato do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que deu a vitória à candidata

⁹ A chapa composta por Dilma Rousseff e Michel Temer recebeu 54.501.118 votos (51,64% dos votos válidos) e a chapa integrada por Aécio Neves e Aloysio Nunes Ferreira obteve 51.041.155 votos (48,36% dos votos válidos) (Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>. Acesso em: 05 out 2021).

do PT, evidenciou uma verdadeira polarização nacional. Os partidos de oposição não aceitaram a derrota e quase que imediatamente após o início do segundo mandato da Presidenta eleita, iniciaram um forte processo de questionamento da lisura do processo eleitoral e de organização das suas bases parlamentares para impedir a aprovação de medidas essenciais à governamentalidade enviadas pelo Executivo ao crivo do Congresso Nacional.

Paralelo a este processo, que foi gerando cada vez maior incapacidade de o governo eleito em 2014 tomar as medidas necessárias para enfrentar a crise econômica que se iniciava, desenrolou-se a Operação Lava-Jato, conduzida por uma “força-tarefa”¹⁰ formada no âmbito do Ministério Público Federal. Partindo de denúncias de esquemas de corrupção na Petrobrás, esta Operação se deu perante a Justiça Federal de Curitiba, com o então juiz federal Sergio Moro produzindo as decisões e autorizando as investigações.

Na medida em que a Operação Lava-Jato foi se desdobrando, com variadas ações da Polícia Federal e com aplicações questionáveis da recente legislação da delação premiada¹¹, foi ficando nítido o seu caráter político-persecutório direcionado ao PT e ao seu governo. A Operação Lava-Jato teve ampla repercussão midiática, evidenciando uma narrativa jornalística de criminalização da política, o que ajudou a mobilizar parte da população brasileira contra o governo estabelecido no segundo mandato de Dilma Rouseff¹².

¹⁰ Não se pode deixar de reconhecer que o termo “força-tarefa” remete inequivocamente à metáfora da guerra, assumida inclusive abertamente pelos agentes e defensores da operação da lava-jato em seus discursos. Mas tais discursos declaravam guerra à corrupção, quando na verdade seu alvo real era o PT e em especial seu líder máximo, o ex-Presidente Lula. Denúncias e indícios de corrupção envolvendo políticos do PMDB e do PSDB eram sistematicamente ignoradas pela operação lava-jato. O mote da “guerra contra corrupção” possui um grande poder diversionista, capaz de, ao mesmo tempo, mobilizar a opinião pública e disfarçar os alvos reais da guerra promovida, sem falar que é um forte para-raios para agrupar teses e discursos reacionários (SILVA FILHO, 2019). Por fim, não é demais lembrar que a “guerra contra a corrupção” foi também largamente utilizada pela ditadura civil-militar brasileira contra seus alvos políticos, tendo como um dos seus casos mais emblemáticos o ex-Presidente Juscelino Kubitschek, também alvo de cerco judicial, cassado, exilado e morto em circunstâncias jamais plenamente esclarecidas.

¹¹ A lei da delação premiada e do crime organizado, Lei nº 12.850/13, foi utilizada pela Operação Lava-Jato como justificativa para prender suspeitos por período indefinido até que deles se obtivesse uma delação, muitas vezes com insuficiente base probatória, que depois servia para condenar outros suspeitos, até finalmente se chegar ao Ex-presidente Lula. O mais grave desse *modus operandi* era se utilizar a liberdade do delator como moeda de troca (DOLCE, 2018).

¹² Em 15 de março de 2015, por exemplo, deu-se uma das maiores manifestações populares contra o governo Dilma (https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/16/politica/1426464022_770359.html Acesso em 29 set 2021). Importante notar igualmente o forte papel de grupos como o Movimento Brasil Livre (MBL) e o Vem Pra Rua, agremiações surgidas no ano de 2014, em meio ao embate eleitoral, que

Em 02 de dezembro de 2015, o então Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, aceitou pedido de *impeachment* da Presidenta Dilma, em retaliação aos votos de três deputados do PT no Conselho de Ética da Câmara favoráveis ao seu processo de cassação¹³.

O pedido aceito havia sido formalizado em 31 de agosto de 2015 pela advogada Janaína Paschoal e o Procurador de Justiça aposentado Hélio Bicudo¹⁴, e se apoiava em suposta prática de crime de responsabilidade por parte da Presidenta Dilma. A peça acusatória foi aditada em 16 de setembro de 2015¹⁵ e, na data de 21 de outubro de 2015, os denunciadores apresentaram uma denúncia substitutiva às demais.

Em apertada síntese, a acusação argumentou que Dilma Rousseff assinou três decretos, cuja edição exigia autorização do Congresso (artigo 167, inciso V, da Constituição da República de 1988), que ampliaram as despesas e trouxeram um impacto na meta fiscal primária de 2015, contrariando o artigo 4º da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2015¹⁶. Em relação às supostas pedaladas fiscais, narra a denúncia que o Governo Federal atrasou, entre janeiro e novembro de 2015, o pagamento para o Banco do Brasil de parcelas que totalizaram 3,5 bilhões de reais referentes aos subsídios do Plano Safra e que tal atraso configurou uma operação de crédito, proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A defesa de Dilma Rousseff¹⁷ apontou que os decretos não autorizaram um aumento de gastos, tendo promovido apenas o remanejamento de despesas já previstas e autorizadas pelo Congresso, situação incapaz de gerar impacto na meta fiscal e que, inclusive, vinha sendo feita há anos por vários Governos. Já em relação às pedaladas, a peça defensiva sustentou que o atraso de pagamento não era uma operação de crédito, eis que não houve transferência de recurso do banco para o Governo¹⁸.

defendem o neoliberalismo e assumem posições tradicionais da direita política, e que assumiram protagonismo nas redes sociais e na organização de diversos protestos.

¹³ O recebimento do pedido de *impeachment* contra a presidente Dilma Rousseff pelo presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), foi interpretado como “atitude vingativa” e opção para desviar a atenção das denúncias de corrupção que ameaçam o seu cargo. Ver https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_brasilianistas_impeach_ac_tg. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁴ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150901-04.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁵ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150917-06.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13115.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/defesa-cardozo-dilma.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021..

¹⁸ Em outro trabalho, a fragilidade legal dos argumentos do pedido de *impeachment* e do relatório produzido pelo Senador Antonio Anastasia (PSDB) foram mais esmiuçados. Transcreve-se aqui parte desse detalhamento: “o Senador Anastasia afirmou em seu parecer de admissibilidade ao processo de impedimento no Senado que, como a Lei de Responsabilidade Fiscal diz no seu Art.73 que as infrações

Finalmente, o processo *impeachment* de Dilma Rousseff, que se iniciou em 02 de dezembro de 2015, findou-se em 31 de agosto de 2016, após 273 dias, com a cassação do mandato, mas sem a perda dos direitos políticos de Dilma Rousseff, conforme previa a legislação. A manutenção dos direitos políticos da ex-Presidenta terá sido uma espécie de “ato-falho” institucional? Uma confissão velada de que o objetivo era apenas tirá-la do poder, mesmo sem crime de responsabilidade, para dar início a uma política de desmonte de direitos sociais e de alienação do patrimônio público?

3 O LAWFARE NO *IMPEACHMENT* DE DILMA ROUSSEFF

A despeito de o presente trabalho não pretender esgotar a temática, sobretudo em razão das poucas linhas que aqui poderão ser declinadas, compreende-se pertinente o apontamento de algumas conjunturas associadas ao *impeachment* de Dilma Rousseff e sua correlação ao *lawfare* e suas definições.

Adotar-se-á como ponto de partida, portanto, as dimensões propostas por COMAROFF (2016), procedendo-se às possíveis conexões com os métodos utilizados no processo de impedimento de Dilma Rousseff.

Relativamente à dimensão geográfica do *impeachment*, o art. 52, I, da Constituição da República de 1988 dispõe que a competência para processar e julgar o Presidente da

a esta lei serão punidas com base, entre outras leis, na Lei de 1950, violar qualquer dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal implica em crime de responsabilidade. A partir daí o Senador indica que a Presidenta violou o Art.36, que veda a realização de empréstimo entre o ente da federação e instituição financeira por ele controlada. No entanto, em nenhum lugar da lei se diz que a infração a este artigo é um crime de responsabilidade. Mas ainda que fosse, atrasar o pagamento de recursos aplicados para subvenção de programas que garantem direitos sociais, como ocorreu no Plano Safra, não é uma operação de crédito, não existindo sequer precedente judicial ou doutrinário neste sentido.

Com base na falsa premissa anterior, partiu-se para a identificação do que seria outro suposto crime de responsabilidade: a edição de decretos de crédito suplementar fora da meta fiscal, já que se a premissa fosse verdadeira não haveria superávit a autorizar os créditos, condição prevista na Lei de Orçamento de 2015. Deixando a falsa premissa de lado, a edição desses decretos seguiu rigorosamente as condições exigidas em lei, e é recurso comum utilizado por governos anteriores.

Ademais, todos os atrasos de pagamentos do tesouro às instituições financeiras federais foram quitados em janeiro de 2016 e o ano de 2015 fechou com a meta compatível aos gastos realizados, tendo a meta sido alterada em dezembro diante dos efeitos recessivos da crise econômica mundial. No entanto, isso parece não ter qualquer relevância para os denunciantes do *impeachment* e os que os apoiaram, sob o pretexto de que se a Lei de Responsabilidade Fiscal é uma lei que protege a precaução, então qualquer ato considerado temerário vira um crime de responsabilidade, ainda que não tenha havido prejuízo aos cofres públicos e os passivos tenham sido saldados. É um “crime formal de mera conduta”, conforme está assinalado no parecer do Senador Anastasia e nas Alegações Finais dos denunciantes. Não interessa o resultado”. (SILVA FILHO, 2018: 1301-1302).

República nos crimes de responsabilidade é do Senado Federal, após a respectiva autorização, por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados (art. 51, I, da Constituição da República de 1988).

Necessário relembrar que o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB)¹⁹, inicialmente integrante da base do governo, observando o desprestígio do governo petista frente à população e insatisfeito com a aliança anteriormente firmada com a Chefe do Poder Executivo, oficializou na data de 29 de março de 2016 o rompimento com o governo Dilma²⁰.

Na época, o PMDB detinha a maior bancada na Câmara, com 68 deputados federais, dos quais 59 votaram a favor da destituição da presidenta, sendo, portanto, o partido que mais destinou votos favoráveis ao *impeachment*²¹.

Assim, observa-se que o processo de *impeachment* já nasceu em um território hostil, em relação à presidenta investigada, fomentado pelas divergências político-partidárias decorrentes da quebra da aliança entre o PT e o PMDB.

Desse modo, é possível identificar que a escolha geográfica do local onde será efetivado o embate representa, assim como nas guerras militares, uma estratégia determinante para o favorecimento daqueles que iniciarão o combate.

Sobre a questão, ZANIN, MARTINS e VALIM (2020: 36) prescrevem:

¹⁹ Em 15 de maio de 2008, com o intuito de amenizar o desgaste gerado pelo seu protagonismo no golpe de 2016 e na sequência de desmontes sociais operados pelo governo Temer, o PMDB muda o seu nome para Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Este era o nome que o partido tinha na ditadura civil-militar brasileira, sendo ele mesmo criação da ditadura para comportar a oposição consentida pelos ditadores. Interessante notar, sucintamente, o seguinte: o MDB, depois PMDB, e agora MDB novamente, foi criação da própria ditadura, que havia dissolvido os partidos políticos que expressavam o quadro real das forças políticas brasileiras antes do golpe de 1964; o MDB, ao mesmo tempo, contribuía para tentar manter a imagem de que a ditadura comportava mecanismos democráticos, mas também era um guarda-chuva que abrigava forças políticas reais de oposição, ainda que clandestinas, como se passou em sua relação com o Partido Comunista Brasileiro (PCB), mais conhecido como “partidão”; e, por fim, o PMDB foi uma força política necessária para a sustentação política dos sucessivos governos do PT no século XXI, mas foi justamente o PMDB quem cumpriu, juntamente com o PSDB, o papel central na deposição da ex-Presidenta Dilma, papel este representado simbolicamente pela conduta do vice-presidente de Dilma, Michel Temer, que claramente conspirou para a sua derrubada e deu início a políticas contrárias ao projeto político que se sagrou vencedor nas urnas em 2014.

²⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/por-aclamacao-pmdb-oficializa-rompimento-com-governo-dilma.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

²¹ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/veja-estados-e-partidos-que-mais-votaram-pelo-impeachment-na-camara.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

Nos domínios do *lawfare*, a escolha do campo de batalha apresenta igual relevância. O campo de batalha aqui é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força.

Outrossim, no que concerne ao armamento, pode-se afirmar que a instrumentalização do Direito simboliza o núcleo fundante da prática do *lawfare*. Sobre o tema, conforme mencionado, a denúncia apresentada imputou à presidenta Dilma a prática de crimes de responsabilidade, previstos na Lei Orçamentária Anual (Lei nº 13.115/2015) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), sendo estes instrumentos normativos, combinados com a Lei do *Impeachment* (Lei nº 1.079/1950), as armas utilizadas na prática do *lawfare*. Não se olvide, porém, que no bojo de um julgamento político o critério de valoração da normatividade também é eminentemente político, o que desemboca na já citada proposição de FERRAJOLI (2002: 650) de intervenção punitiva que não é mais jurídica, mas imediatamente política.

No tocante às externalidades, SANTANA (2020: 83-92) sugere que a narrativa pode ser concebida como um projeto argumentativo cuja função é construir um processo de convencimento do público em relação a determinadas questões, determinados cenários sociopolíticos, a partir do projeto de dizer de um enunciador.

O poder da grande mídia e seu potencial modulador da opinião pública alçaram o processo de *impeachment* a um patamar singular de interesse da sociedade, sobretudo em função da cobertura ostensiva realizada e da construção de um discurso de criminalização da política, com especial destaque a reportagens de conteúdo desabonador à imagem de Dilma Rousseff.

Com efeito, MOREIRA (2016) formalizou a análise de 74 reportagens, apresentadas no Jornal Nacional da Rede Globo, contendo a palavra “*impeachment*”, de 18 de abril a 12 de maio de 2016, período que engloba a votação na Câmara dos deputados e no Senado sobre o processo de destituição de Dilma Rousseff. O resultado apontou que das 74 reportagens que falaram sobre o *impeachment*, 60 mencionaram a palavra Dilma (81%), das quais 48 a apresentaram de forma negativa e somente 3 positiva.

Tal concepção insere as narrativas jornalísticas no modelo da terceira dimensão de *lawfare*, apresentando-se como circunstâncias inerentes a todo o processo de *impeachment* aqui discutido.

Estabelecidas as relações entre o processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff e as características do *lawfare*, constata-se que os agentes políticos de oposição ao governo, dotados de motivação eminentemente política e cujo objetivo era aniquilar ou

enfraquecer politicamente a presidenta Dilma Rousseff, fizeram uso estratégico do Direito e, com o massivo apoio popular fomentado pela grande mídia, promoveram a destituição da Chefe do Poder Executivo, diante do silêncio ensurdecedor das Cortes Superiores²².

Finalmente, o aparato fático acima exposto insere o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff em um contexto de guerra, ainda que jurídica, onde a governante petista é rebaixada à condição de inimiga²³ e o *lawfare* emerge sob o pálio de um estado de necessidade decorrente da ascensão da emergência anticorrupção, em situação que legitima politicamente violações a garantias processuais mínimas.

4 LAWFARE E DANOS SOCIAIS – UM OLHAR CRIMINOLÓGICO

Desde um ponto de vista criminológico, as manobras jurídicas responsáveis pela interrupção de governos democraticamente eleitos na América Latina, nos últimos tempos, e que se acomodam no aqui delineado conceito de *lawfare*, podem ser compreendidas

²² Acima foi afirmado que a manobra de guerra jurídica que resultou no *impeachment* da ex-Presidenta Dilma encontrou no Parlamento seu *locus* preferencial, no entanto, o Poder Judiciário não deixou de ter sua parcela de participação nesse processo, o que contribui para não afastar o caso do impedimento da ex-Presidenta do cerne das análises sobre *lawfare* que o aproximam mais do protagonismo judicial. Assim, após autorizada a abertura do processo de *impeachment* pelo Presidente da Câmara, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou pedido do governo para anular o processo de *impeachment* (https://brasil.elepaís.com/brasil/2016/04/15/politica/1460687713_055409.html). Logo após consumado o impedimento da Presidenta Dilma, a sua defesa impetrou um Mandado de Segurança no STF pedindo a anulação do impedimento. A liminar foi negada e a ação foi denegada, com o uso de argumentos que defenderam a ausência de quaisquer ilegalidades no processo de *impeachment* (<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661788827/mandado-de-seguranca-ms-34441-df-distrito-federal>). Não foram apenas as Cortes Superiores que contribuíram na guerra jurídica contra o mandato da ex-Presidenta, dentre outros episódios importa destacar a célebre divulgação das escutas telefônicas ilegais realizadas a mando do então juiz Sergio Moro, que captaram conversa por telefone entre Dilma e Lula relativa à sua iminente nomeação como Chefe da Casa Civil no seu governo. A conversa gravada ilegalmente foi enviada no mesmo dia pelo juiz para divulgação no Jornal Nacional (noticiário da Rede Globo e o com maior audiência no país), sem a necessária autorização do STF, causando imensa comoção social, sobretudo pela evidente manipulação e desvirtuamento do teor das conversas para provocar mobilização popular contra o mandato de Dilma (uma análise aprofundada desse episódio pode ser consultada em VECHI, 2020). Este fato, inclusive, foi decisivo para que de maneira absolutamente desprovida de respaldo legal, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, em decisão monocrática, impedisse a posse de Lula como Chefe da Casa Civil do Governo Dilma, posição que lhe permitiria ampla margem de negociação com o parlamento para tentar impedir a destituição da Presidenta.

²³ Expressão utilizada no sentido proposto por Jakobs, a saber: “O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo e daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra. O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo combate perigos” (JAKOBS, 2008: 30).

como requisito central para deflagrar a atuação de governos e políticas neoliberais e sua consequente produção de graves danos sociais, em larga escala²⁴.

A identificação desses danos sociais aponta para diversas direções: precarização das relações de trabalho mediante perda de direitos trabalhistas, diminuição abrupta e substancial das aposentadorias públicas, privatização generalizada e irrestrita de serviços públicos, flexibilização da legislação ambiental e de proteção aos povos indígenas para favorecer grandes empreendimentos extrativistas, retrocessos na legislação e nas políticas de direitos humanos, para citar as mais proeminentes.

Trata-se de um trabalho de equipe²⁵. Setores estatais comprometidos com os interesses de grandes empresas e corporações, com o apoio inclusive de forças políticas de outros países, operam a instrumentalização do arsenal jurídico e político para afastar os alvos políticos que se opõem a tais processos neoliberais. De outro lado, grandes empresas e conglomerados operam diretamente as ações que irão gerar os danos sociais aludidos. Desde o ponto de vista criminológico, a pergunta é: tais danos podem ser considerados crimes? Ou, senão, devem eles ser objeto de preocupação e reflexão criminológica?

Essa resposta tem sido dada afirmativamente por diferentes estudos criminológicos que, explorando o veio aberto pela pesquisa de Edwin SUTHERLAND no final dos anos 40 em torno dos Crimes do Colarinho Branco, têm voltado a sua atenção para a ação estatal-corporativa e os danos sociais que ela provoca, em especial em contextos de políticas de desregulamentação econômica e de adoção de receituários neoliberais.

De certo modo, esta tendência de pesquisa criminológica recupera um aspecto importante da criminologia crítica: a crítica ao capitalismo como ponto de partida indispensável para a análise da criminalidade e do sistema punitivo. Grupos econômicos poderosos possuem forte influência na definição das condutas consideradas criminosas pela lei

²⁴ Como se pode identificar nos casos de Honduras, Paraguai, Bolívia, Equador, Argentina e Brasil.

²⁵ TOMBS e WHITE (2015: 159-168) argumentam que a imensa e devastadora escala de danos sociais produzidos pelas corporações é algo que só pode ser devidamente compreendido e pensado a partir do reconhecimento de que subsiste uma verdadeira, densa e antiga relação simbiótica entre o Estado e as corporações, que pode ser rastreada desde pelo menos os genocidas empreendimentos coloniais conduzidos pela Inglaterra e pela East India Company (especificamente sobre esta relação ver também RUGGIERO, 2018: 35-50). Por fim, é preciso observar que a simbiose entre Estado e corporações não se limita ao âmbito interno de um país. Ela atravessa fronteiras e determina inclusive a ação de Estados mais poderosos sobre outros Estados, como se torna evidente por exemplo, na interferência dos Estados Unidos nos Estados latino-americanos, fato tanto evidente nas ditaduras civis-militares de segurança nacional ocorridas na segunda metade do século XX, quanto em tempos de *lawfare*, incrementado na segunda década do Século XXI.

nacional e internacional²⁶. Por tal motivo, nessa perspectiva, o conceito de crime assume uma significação sociológica, mais ampla que a jurídico-legal²⁷, e demanda uma variedade de medidas e estratégias a serem construídas e implementadas para preveni-lo e remediá-lo, que vão muito além das clássicas medidas repressivas do sistema penal.

De tais perspectivas criminológicas, destaca-se a “criminalidade do mal desenvolvimento”, proposta por Maria Laura BOHM (2019), pensada a partir do contexto latino-americano, em um cenário de fortes investidas neo-extrativistas, de ampla desregulação²⁸ econômica e de precarização da proteção das populações mais vulneráveis²⁹.

²⁶ Sinal disso é o fato de não existir até o presente consenso legislativo internacional sequer para tornar o setor corporativo responsável por graves violações de direitos humanos nas quais tenha se envolvido, mesmo em meio a regimes de exceção (PAYNE; PEREIRA; BERNAL-BERMÚDEZ, 2020: 61-112).

²⁷ Referindo-se à construção do conceito de danos sociais como centro agregador das preocupações criminológicas ou até mesmo de uma nova disciplina chamada de *zemiologia*, afirmam HILLYARD e TOMBS: “Tomar em conjunto estas preocupaciones y abarcar las atividades de Estados locales y nacionales, y de corporaciones que son perjudiciales para las personas, ya sea respecto de la falta de alimentos sanos, la vivienda o calefacción inadecuadas, los bajos ingresos, la exposición a varias formas del peligro, la violación de derechos humanos básicos, y la *victimización frente a varias formas de crimen*, produce una sensación de necesidad de hallar un lugar disciplinario que puede incluir una gama de los daños que afectan a muchas personas a lo largo de su ciclo vital. Por lo tanto, hemos tratado de encontrar un enfoque disciplinario que pueda abarcar los daños que son perjudiciales para el bienestar de las personas desde la cuna hasta la tumba.” (HILLYARD e TOMBS, 2013: 184).

²⁸ Sobre o termo “desregulação”, porém, e aproveitando questionamento feito por TOMBS e WHYTE (2015: 22-26), vale registrar que sua pronta utilização pode ocultar questões importantes. Primeiramente, o termo integra o vocabulário virtuoso das fórmulas neoliberais, nas quais o seu oposto, a regulação, é tido como sinônimo de Estado, de bloqueio ao livre mercado, de trancamento do fluxo e de oneração das atividades econômicas. No entanto, o neoliberalismo explicitamente necessita de muitas regulações para manter seus oligopólios no comando. Precisa de um estado punitivo e atuante na repressão às vítimas da concentração de renda que imprime. Necessita das regras de agências reguladoras, que existem em grande parte dos casos para criar a aparência de controle nos serviços públicos executados por corporações privadas, mas que acabam invariavelmente operando em favor dos interesses corporativos. Precisa também de reformas legislativas que assegurem condições operacionais para as atividades corporativas que facilitem o aumento da sua margem de lucro, ainda que às custas do sacrifício de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais básicos da população. O neoliberalismo também necessita do Estado para limpar a sua destruição e resgatar seus oligopólios das orgias financeiras que arrastam milhões à miséria, como se viu na crise de 2008. Tal episódio revelou com particular veemência que o poder das corporações precisa ser constituído e mantido pelo poder estatal, o que, por fim, contraria o propalado mito de que o mercado seja livre e desregulado. A questão adequada a ser posta neste cenário é: qual regulação? e não assumir que ela não haja, pois isto opera um efeito ideológico de ocultamento das reais relações de poder.

²⁹ A categoria de “crimes de mal desenvolvimento” aponta para políticas econômicas predatórias do meio-ambiente e do bem-estar das populações locais, que são geradas pelo consórcio entre Estado, corporações privadas internacionais, mídia hegemônica e diversos agentes que acabam por trazer sérios obstáculos a um desenvolvimento que garanta aos cidadãos e cidadãs de um país ou região, especialmente os mais vulneráveis, condições para que tenham seus direitos humanos mais básicos

A análise faz uso da categoria “violência estrutural” construída por Johan GALTUNG (2013: 35-40) para identificar padrões de violência e desigualdade oriundos dos diferentes processos coloniais latino-americanos, que insistem em permanecer, e que assumem um viés particularmente intenso no cenário contemporâneo de predomínio de medidas e políticas neoliberais.

O padrão agressivo e contínuo do modelo neoliberal na América Latina e no mundo está ligado de forma inseparável às cada vez mais monopolistas e totalizantes corporações transnacionais e seus consórcios estatais. Tal padrão se encaixa confortavelmente em uma lógica de guerra, ou como querem DARDOT, LAVAL, GUÉGUEN e SAUVÉTRE (2021: 23) em uma “escolha” pela guerra civil, na qual, coerentemente, o Direito passa também a ser instrumento e cenário dessa guerra. O inimigo, na verdade, não é apenas um político ou governante, mas sim todo e qualquer obstáculo que se interponha à busca de maximização do lucro, à pilhagem e esgotamento do planeta e dos patrimônios públicos e comuns, e à exploração de massas cada vez mais vulneráveis de pessoas trabalhadoras, constantemente acossadas pelo exército operário de reserva, que vai se acumulando como entulho no abandono das ruas, semáforos, periferias, presídios, campos de refugiados, favelas e lixões.

Nesse contexto não surpreende que o corpo de funcionários públicos que opera o sistema de justiça, como juízes e membros do Ministério Público, seja seduzido em cardumes para favorecer os interesses dos poderosos em manobras heterodoxas disfarçadas de procedimentos técnicos inovadores ou em uma hermenêutica-antídoto à soberania popular. O enfoque criminológico dos danos sociais pode então incorporar o *lawfare* como uma verdadeira porta de entrada para a ampliação dos danos sociais causados pelo consórcio estatal-corporativo no marco da hegemonia neoliberal.

Foi justamente isto que se viu no *impeachment* de Dilma Rousseff, com a abrupta imposição de medidas alinhadas ao receituário neoliberal, contrárias à posição e às políticas assumidas pelo governo deposto, e que se deu tão logo o então Vice-presidente Michel Temer se efetivou na Presidência da República, trazendo mudanças na Constituição e na legislação de questionável legalidade que acarretaram danos sociais visíveis. Exemplificativamente, enumeram-se as seguintes medidas: a possibilidade de concessão exclusiva para empresas estrangeiras da exploração das novas e abundantes reservas de petróleo

respeitados e atendidos. BÖHM concentra sua análise a partir da América Latina e sustenta o uso desse novo conceito na criminologia: o “crime de mal desenvolvimento”. “The use of a conceptual category in criminology for the purposes of description and analysis may be useful – this is the main objective here – for the visibilization and accountability strategies which could be devised and designed in order to achieve the responsabilization, reparation and reintegration of actors and conflicts in a constructive economic, cultural and institutional coexistence” (BÖHM, 2019: 7).

descobertas no Brasil, alterando o regime de partilha que exigia a participação da Petrobrás e vinculava parte dos lucros a gastos com a educação; a reforma da previdência que aumenta a idade mínima para se aposentar, diminui o valor (já baixo) das aposentadorias e benefícios e conta com anistia para dívidas previdenciárias milionárias de empresas e conglomerados (processo que foi concluído no governo Bolsonaro); a terceirização generalizada do trabalho; ampla reforma trabalhista que, sob o pretexto de combater o desemprego, provocou a diminuição e eliminação de direitos, com a legalização do mote “o negociado sobre o legislado”; reforma do ensino médio com a diminuição de conteúdos críticos como sociologia, filosofia e história; congelamento por duas décadas de investimentos em saúde e educação e dos salários do funcionalismo público; esvaziamento e retirada de verbas de todos os conselhos e órgãos de Direitos Humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de *lawfare* iniciado com o *impeachment* de Dilma Rousseff se aprofundou com o avanço da Operação Lava-Jato e a subsequente prisão e condenação de Luiz Inácio Lula da Silva³⁰, o que o impediu de concorrer nas eleições presidenciais de 2018, para as quais era franco favorito. Esse cenário levou à eleição de Jair Bolsonaro, que com seu governo ampliou e intensificou os danos sociais já produzidos a partir do governo Temer, em especial, em meio à situação de ainda maior vulnerabilidade social gerada pela Pandemia de COVID-19 que se abateu sobre o planeta a partir de março de 2020.

Está claro que Lula e Dilma foram os alvos preferenciais das ações de *lawfare* empreendidas desde o ano de 2015 no Brasil, e que o objetivo real não era o combate à corrupção, mas sim a eliminação dos obstáculos políticos e legais para a implementação de uma ampla pauta neoliberal, responsável tanto pelo aumento exorbitante dos lucros de grandes grupos econômicos como pelo aumento do fosso de desigualdade social no Brasil e pela ampliação e intensificação dos danos sociais.

Para lidar com esse contexto são necessárias muitas medidas, que vão desde o detalhamento e visibilidade dos danos sociais gerados, passando pela identificação dos nexos, cadeias de causalidade e responsabilidades, quanto pela adoção de medidas de

³⁰ As acusações contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram anuladas, em 23 de junho de 2021, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que confirmou, por 7 votos a 4, a decisão da 2ª Turma que declarou o ex-juiz Sergio Moro suspeito para julgar o ex-presidente Lula no caso do tríplex do Guarujá (SP). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos>. Acesso em: 04 out. 2021.

regulação da economia e de fortalecimento dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, tanto em nível estadual, como nacional e internacional³¹.

Este artigo, portanto, dentro do limitado espaço disponível, procurou, ao mesmo tempo, caracterizar o *impeachment* sofrido pela ex-presidenta Dilma Rousseff como uma medida de *lawfare*, e identificar o *lawfare* como um requisito presente no contexto latino-americano para o aprofundamento dos danos sociais causados pelo consórcio estatal-corporativo em cenários de desregulação econômica e intensificação de pautas neoliberais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Emerson Barros de (2020) O Tribunal dos Sicofantast: Uma Genealogia (I)moral do *Lawfare* em FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam. (orgs.). *Lawfare e Calvário da Democracia Brasileira* (p. 54-72). (João Pessoa: Editora Meraki).

BENITES, Afonso. Supremo decide, por 8 votos a 2, que *impeachment* prossegue na Câmara. *El País*, Brasília. 15 de Abril de 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460687713_055409.html. Acesso em: 04 out 2021.

BÖHM, Maria Laura (2019) *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South* (London, New York: Routledge).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 04 out 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.115, de 20 de Abril de 2015*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13115.htm. Acesso em: 04 out 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança 34441 DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 07.12.2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661788827/mandado-de-seguranca-ms-34441-df-distrito-federal>. Acesso em: 04 out 2021.

³¹ BÖHM fornece um quadro sobre um amplo conjunto de medidas e de análises que se fazem necessárias para confrontar os danos corporativos e suas complexas conexões locais, nacionais e internacionais (BÖHM, 2019: 219-231).

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. 09 de Dezembro de 2014. Plenário do TSE proclama resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>. Acesso em: 05 out 2021.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville (1975) *Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity in SMITH, Margaret; CROSSLEY, David. The Way Out: Radical Alternatives in Australia*. (Melbourne: Lansdowne Press) Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em: 24 jul 2021.

CITTADINO, Gisele; PRONER, Carol; RAMOS FILHO, Wilson; TENEMBAUM, Márcio (orgs.) (2016). *A resistência ao golpe de 2016*. (BAURU: Canal 6).

COMAROFF, John (2016). *John Comaroff explica Lawfare*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sKRotOT1Lg>. Acesso em: 29 set 2021.

CORRÊA, Alessandra. *Impeachment é ‘vingança’ de Cunha e mais um golpe à imagem do país, dizem brasilianistas*. *BBC*, Winston-Salem (EUA). 04 de Dezembro de 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_brasilianistas_impeach_ac_tg Acesso em: 04 out 2021.

D'AGOSTINO, Rosanne. *Veja estados e partidos que mais votaram pelo impeachment na Câmara*. *G1*, São Paulo. 18 de Abril de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/veja-estados-e-partidos-que-mais-votaram-pelo-impeachment-na-camara.html>. Acesso em: 04 out 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian; GUÉGUEN, Haud; SAUVÊTRE, Pierre (2021). *A escolha da guerra civil – uma outra história do neoliberalismo*. Tradução de Márcia Pereira Cunha. (São Paulo: Elefante).

DOLCE, Júlia. *Me preocupa a cultura de que basta uma delação para alguém ser preso, diz jurista*. *Brasil de Fato*, São Paulo. 31 de Janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/01/31/me-preocupa-a-cultura-de-que-basta-uma-delacao-para-alguem-ser-presos-diz-jurista>. Acesso em: 04 out 2021.

DUNLAP JR., Charles (2001) *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Harvard University, John F. Kennedy School of Government. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 11 de set 2021.

DUNLAP JR., Charles (2011) *Lawfare Today...and Tomorrow* in PEDROZO, Raul A. “Pete” and Wollschlaeger, Daria P. (eds.) *International Law and the Changing Character of War*. (p. 315-325). (US Naval War College International Law Studies, Vol. 87) Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acesso em: 30 jul 2021.

FERRAJOLI, Luigi (1989) *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais).

GALTUNG, Johan (2013). Violence: direct, structural and cultural. em Galtung, Johan; Fischer, Dietrich. *Johan Galtung pioneer of Peace research* (p.35-40). (London: Springer).

GOES, Severino. Moro é suspeito para julgar Lula, decide Supremo Tribunal Federal por 7 votos a 4. *Conjur*. 23 de Junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos>. Acesso em: 04 out 2021.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. (2013) Mas allá de la criminología? en *Revista Crítica Penal y Poder* (Universidad de Barcelona), Nº 4.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (2008) *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. (Rio de Janeiro: Lumen Juris).

KITTRIE, Orde Félix (2016) *Lawfare: law as a weapon of war*. (Oxford: Oxford University Press).

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang (1999) *Unrestricted Warfare*. (Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House). Disponível em: <https://www.c4i.org/unrestricted.pdf>. Acesso em: 05 out 2021.

ZANIN, Cristiano M.; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (2020) *Lawfare: uma introdução*. (São Paulo: Contracorrente).

MENDONÇA, Heloísa. Após protestos, Governo anunciará ações de combate à corrupção. *El País*, São Paulo. 15 de Março de 2015. https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/16/politica/1426464022_770359.html. Acesso em: 04 out 2021.

MOREIRA, Adriana Monserrat Cedillo Morales (2016) Uma abordagem discursiva das reportagens do Jornal Nacional sobre o processo de *Impeachment* da Dilma Rousseff, *12º Interprogramas de Mestrado da Faculdade Casper Libero*, cidade de São Paulo-SP, 4 e 5 de novembro. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/03/Adriana-Monserrat-U-FPR-Trabalho-Completo.pdf>. Acesso em: 30 set 2021.

PASSARINHO, Nathalia; CALGARO, Fernanda. Por aclamação, PMDB oficializa rompimento com governo Dilma. *G1*, Brasília. 29 de Março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/por-aclamacao-pmdb-oficializa-rompimento-com-governo-dilma.html>. Acesso em: 04 out 2021.

PAYNE, Leigh A.; PEREIRA, Gabriel; BERNAL-BERMÚDEZ, Laura (2020) *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below – Deploying Archimedes’ Lever* (Cambridge University Press).

RIVKIN JR., David B.; CASEY, Lee. A (2000) The Rocky Shoals of International Law. *National Interest*. Disponível em: <https://nationalinterest.org/article/the-rocky-shoals-of-international-law-523>. Acesso em: 04 de out 2021.

RUGGIERO, Vincenzo (2018) *Los crímenes de la economía – un análisis criminológico del pensamiento económico*. Tradução de Daniel Jiménez Franco (Madrid: Marcial Pons).

SANTANA, Eliara (2020) Mídia, *Lawfare* e Encenação: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil em FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam. (orgs.). *Lawfare e Calvário da Democracia Brasileira* (p. 83-92). (João Pessoa: Editora Meraki).

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias (2021) *Lawfare brasileiro*. (Belo Horizonte: Editora D'Plácido).

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (2016) *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. (São Paulo: Alameda Casa Editorial).

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros (2020) Autoritarismo Líquido, Hipernomia e Exceção em FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam. (orgs.). *Lawfare e Calvário da Democracia Brasileira* (p. 144-165). (João Pessoa: Editora Meraki).

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (2018) Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um Golpe de Estado Institucional? em *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 1284-1312.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (2019) *Teses reacionárias e guerras jurídicas*. Sul 21. Porto Alegre. 10 de abril de 2019. Disponível em: <https://sul21.com.br/opiniao/2019/04/teses-reacionarias-e-guerras-juridicas-por-jose-carlos-moreira-da-silva-filho/>. Acesso em: 08 out 2021.

TOMBS, Steve; WHYTE, David (2015) *The corporate criminal – why corporations must be abolished* (London: Routledge).

VECHI, Fernando (2020) *Política, judiciário e mídia – a divulgação das interceptações telefônicas entre Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff* (Porto Alegre: Editora Fi). Disponível em: <https://www.editorafi.org/775politica>. Acesso em: 08 out 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2007) *O inimigo no Direito Penal*. (Rio de Janeiro: Revan).

LAWFARE À BRASILEIRA: ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA, DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO NACIONAL E PREJUÍZOS À CLASSE TRABALHADORA

*Prudente José Silveira Mello¹
João Pedro de Moraes Lima Vieira²*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; *LAWFARE* E A LAVA JATO; LAVA JATO E A DESTRUIÇÃO DA PETROBRAS; O GOLPE DE 2016 E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A CLASSE TRABALHADORA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Brasil superou uma ditadura em 1985, após 21 anos de regime militar que produziu graves danos à sociedade brasileira. Nossa democracia se consolidou com a aprovação

¹ Doutor pela Universidad Pablo De Olavide, Mestre pela UNIA - Universidad Internacional de Andalucía (Sede Sta. Maria de La Rábida), ex-Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, membro do Instituto Joaquín Herrera Flores e da ABJD, Advogado trabalhista (Mello, Zilli, Bion, Teixeira, Garbelini, Zavarize – advocacia), Professor da Faculdade CESUSC e professor convidado da Universidad Pablo De Olavide.

² Graduando em Direito pela Faculdade CESUSC, bolsista de pesquisa pelo Estado de Santa Catarina, atual Presidente do Centro Acadêmico João Luiz Duboc Pinaud e ativista pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

da Constituição Federal em 1988, fruto da organização dos trabalhadores e dos mais variados segmentos da sociedade que clamaram e lutaram por liberdade, anistia ampla, geral e irrestrita, por inclusão social e por uma sociedade justa e igualitária, entre tantas bandeiras importantes para termos uma vida digna de ser vivida.

Não conseguimos comemorar sequer três décadas de democracia. Sofremos abalos, com movimentos que vieram com o intuito de desestruturá-la e criar instabilidade, levando ao golpe de 2016, que afastou a presidenta legitimamente eleita, sem que ela tenha cometido nenhum crime de responsabilidade.

Há dez anos, seria inacreditável pensar nos retrocessos políticos, sociais e em direitos humanos com os quais passamos a conviver. Situações como *lawfare*, fascismo e avanço da extrema direita não faziam parte das discussões, das rodas de conversas e muito menos das pautas das organizações sociais e políticas.

Se olharmos a partir de uma perspectiva mundial, podemos constatar que a década de 1960 é considerada o marco temporal responsável pelo desenvolvimento dos movimentos revolucionários de liberdade pessoal e da politização dos progressos sociais. A década de 1980 é lembrada como o período que encaminhou o totalitarismo ao colapso.

Em contrapartida, ao contrário dos movimentos políticos anteriormente citados, o primeiro decênio do novo milênio inscreve-se na memória coletiva como a era da pós-verdade³.

Adentramos em um momento da história pautado pelo combate político e intelectual e de constante desmoralização das instituições democráticas. Mais do que nunca, a ciência é jogada para escanteio e a racionalidade é ameaçada pelo disparate, pelo contrassenso.

LAWFARE E A LAVA JATO

Há longos sete anos, a população brasileira sente diversas mudanças de caráter econômico, político, jurídico e social, que se inscrevem no cotidiano da sociedade desde a instrumentalização da Operação Lava Jato, o consequente Golpe de 2016, e os constantes retrocessos dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Essas mudanças não se restringem, tão somente, às casas políticas. Com a alteração de postura do judiciário – que passou a sistematizar decisões voltadas à proteção dos interesses de uma economia neoliberal – verifica-se também a síntese do Estado que

³ D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade* / Matthew D'Ancona; [tradução Carlos Szlak]. – 1 ed. – Barueri: Faro Editorial, 2018.

assume a função penal, voltado ao controle social, que se consuma nos fins almejados pelos detentores do poder econômico. Para Carol Proner⁴, a decadência da democracia no Brasil é observada “pelo protagonismo de um judiciário persecutório e espetacular, em aliança com setores da imprensa”. A autora complementa serem evidentes os processos de *des-democratização* das sociedades mundiais e as ofensivas para desarmar soberanias.

Da mesma forma, o professor Eder Bomfim Rodrigues faz importante reflexão ao mencionar que nos encontramos em um “Estado pós-democrático”, se considerarmos a postura do judiciário que instrumentaliza o descompromisso com a democracia e com o exercício do poder limitado pela Constituição⁵.

Retomando Proner, a jurista sugere que nas últimas décadas as modificações e a submissão do direito à racionalidade privada vinculam a crise brasileira ao jurídico, especialmente direcionadas ao Direito Administrativo tecnocrático, ao Direito Penal do Inimigo, passando pela modernização flexibilizadora do Direito do Trabalho e pela submissão do Direito Constitucional aos princípios da austeridade e da eficiência econômica.

Neste contexto de pós-verdade e pós-democracia, o direito torna-se importante arma de guerra capaz de perseguir e derrotar o inimigo⁶. Em 1975, surgem os primeiros registros da terminologia *lawfare* em um artigo publicado por John Carlson e Neville Yomans,⁷ em que os autores afirmam que “o *lawfare* substitui a guerra e o duelo com palavras e não com espadas”.

⁴ PRONER, Carol. *Lawfare* Neoliberal e o Sacrifício de Lula. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4*. 1.ed. – São Paulo: Outras Expressões, 2018. 49.p.

⁵ No paradigma pós-democrático o Estado não está sujeito, de forma efetiva, a uma limitação em seus poderes de ação, principalmente o poder persecutório contra todos aqueles considerados socialmente indesejáveis, aqueles que, de acordo com o mercado neoliberal, constituem uma ameaça ao exercício de um poder supremo que possibilita a concentração de riquezas a uns poucos. (...) Num estado pós-democrático, a Constituição perde seu papel de impor limites ao Exercício de um poder estatal absoluto e dos abusos da própria sociedade. Os direitos fundamentais são relativizados em prol dos interesses do capital financeiro e em detrimento de uma cidadania participativa. RODRIGUES, Eder Bomfim. Estado Pós-Democrático, *Lawfare* e a decisão do TRF-4 Contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4*. 1.ed. – São Paulo: Outras Expressões, 2018. 79.p.

⁶ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. Rafael Valim – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

⁷ CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity'. In: SMITH, Margaret; CROSSLEY, David. *The way out: Radical alternatives in Australia*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em: 23 set. 2021.

A obra *Unrestricted Warfare*⁸, redigida por dois oficiais do Exército de Libertação Popular da China, coloca que, muito embora o *lawfare* desempenhe um papel coadjuvante, o fenômeno figura como forma alternativa de guerra ao lado das guerras psicológica, econômica e da informação.

Charles Dunlap⁹, ex-coronel da Força Aérea estadunidense, em 2001, popularizou o termo *lawfare* e conduziu os debates sobre o tema nos últimos anos. No texto, o autor usou o direito de guerra para criticar o uso estratégico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para invalidar as campanhas militares dos Estados Unidos e Israel, ameaçando a segurança nacional dos referidos países. Explica o autor que o *lawfare* pode operar um sistema positivo, quando for propositivo à redução de danos, mas pode operar negativamente quando operacionalizado para obtenção de vantagem militar.

Sob o mesmo ponto de vista, no fatídico ano de 2016, Orde Kittrie¹⁰ lança a obra *Lawfare: Law as a Weapon of War* e, arrimado ao conceito proposto por Charles Dunlap, desdobra o *lawfare* na utilização da lei para criar efeitos militares motivados pelo desejo de enfraquecer um adversário. Finalmente, em 2017, Siri Gloppen¹¹ apresenta o conceito estrito de *lawfare*, definindo-o como “estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litígio e são motivadas por um objetivo de transformação social que vai além da vitória em um processo judicial individual”.

A Organização das Nações Unidas há 70 anos construiu um sistema universal e fundamental de proteção dos Direitos Humanos para incentivar os Estados-Membros a pactuarem valores comuns. Neste sentido, em 2018, Gisele Ricobom¹² explica que as denúncias e as diversas pressões que emergem do uso do Direito Internacional dos Direitos Humanos para obtenção de fins políticos e militares na ordem internacional, fundamentam o *lawfare*.

Sendo assim, o *lawfare* apresenta-se como uma estratégia de combate que se dá através do uso do Direito para fins de prejudicar e aniquilar um inimigo, de maneira inde-

⁸ LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. *Unrestricted warfare*. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999, pp. 190 e 191.

⁹ DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge (Mass.), Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001, p. 2.

¹⁰ KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 8.

¹¹ GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing Lawfare*. P:14. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework. Acesso em: 23 set. 2021.

¹² RICOBOM, Gisele; PETRI, Paulo. *Lawfare Internacional e a Judicialização da Política no Brasil*. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4*. 1.ed. – São Paulo: Outras Expressões, 2018. 217.p.

pendente à violação da Constituição e supressão dos direitos e garantias fundamentais. É concernente aos mecanismos de ab-rogação do sujeito cidadão e de sua transformação em inimigo revalidado pelas próprias instituições e das forças policiais, com fito de legitimar a opinião pública em torno de um ou de todos os casos que envolvam os sujeitos do processo.

As juristas Carol Proner e Juliana Neuenschwander¹³, ao se referirem ao termo *lawfare*, aduzem que “é utilizada para apontar uma situação de ‘guerra jurídica’ ou uso do direito como arma política para derrotar governos ou substituir regimes políticos”. Ao comentarem sobre as informações que passaram a ser divulgadas pela agência de notícias The Intercept Brasil em relação à Operação Lava Jato, escreveram que, caso fossem comprovadas as denúncias, seria um dos exemplos mais impactantes de *lawfare* no mundo. O tempo demonstrou que estavam com a razão: o STF acabou por anular as decisões que pesavam sobre o ex-presidente Lula, determinando sua liberação e anulando todas as provas produzidas pelo ex-juiz Sérgio Moro, por considerar que estavam “contaminadas” e não foram produzidas com a devida isenção.

No contexto do Direito como arma de guerra, atrelado à pós-verdade e à pós-democracia, Carlos Eduardo Azevedo Pimenta¹⁴ coloca que as operações da Lava Jato ocorridas no Paraná, durante os cinco anos, teriam instaurado 2476 procedimentos. Estes resultaram em “227 mandados de prisões preventivas expedidos, 184 acordos de delação premiada firmados com pessoas físicas, 244 condenações contra 159 pessoas, contabilizando 2.249 anos, 4 meses e 25 dias de pena”.

A operação, que iniciou com a investigação e prisão de quatro doleiros que comandavam núcleos que trocavam informações e práticas ilícitas entre si, instrumentalizou o uso indevido dos meios de comunicação, denominado de *trial by media*, para reforçar a necessidade de condução desses processos pelo senso comum de que valeria tudo para se alcançar a condenação penal.

A mídia operou como um quarto Poder. Lourdes Nassif ensina na obra “Relações Obscenas” que “A grande mídia (...) burilou sua capacidade de nos horrorizar. Um tal infinidável de caracteres gastos para amplificar o horror”¹⁵, e esteve sempre um passo à frente,

¹³ PRONER Carol; NEUENSCHWANDER, Juliana. Informações Reveladas provam o ‘Lawfare’ como arma política no Brasil In. RIBEIRO; Ana Júlia Pires; MILEK. Camila. *Relações Obscenas: As revelações do The Intercept/BR.* – 1. ed.- São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹⁴ AZEVEDO PIMENTA, Carlos Eduardo. E agora José?: A corrupção nos diálogos da Lava Jato. In: RIBEIRO; Ana Júlia Pires; MILEK. Camila. *Relações Obscenas: As revelações do The Intercept/BR.* ed.- São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹⁵ NASSIF, Lourdes. E Nem é Por Falta de Pesadelo. In: RIBEIRO Ana Júlia Pires; MILEK, Camila (Orgs.) RAMOS FILHO, Wilson; NASSIF, Maria Inês; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, Mirian Gonçalves (Coords).

seja noticiando as declarações de um delator antes mesmo do oferecimento da denúncia, ou pelo circo midiático quando cumpridas medidas cautelares, como uma busca e apreensão no domicílio de um político. Nassif ainda coloca que a Lava Jato chegou para atacar “um suposto ilícito”, mas culminou no “chacoalhar de atos que burlavam a democracia”. Fato é, que emergiu no consciente popular a emergência de eleger um culpado para os crimes cometidos, passando o juiz a cumprir com sua função condenatória, mesmo sem provas suficientes para garantir a culpabilidade dos acusados, atropelando os princípios do juiz natural, do devido processo legal e da legalidade.

Protagonizada pelo embate político do então juiz federal Sergio Moro com a esquerda, a Lava Jato contou com mais de 80 fases operacionais autorizadas que, ao todo, condenaram mais de cem pessoas. Para a professora Carol Proner¹⁶, a operação foi uma “aberração jurídica” dentro de um contexto de naturalização da exceção judiciária, que evidencia a condução parcial do processo, vinculando ao Partido dos Trabalhadores, à Petrobras, à então Presidenta Dilma Rousseff e ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a parábola da transgressividade¹⁷.

LAVA JATO E A DESTRUIÇÃO DA PETROBRAS

É fato que as reservas de petróleo são objeto de enriquecimento e de poder político, mas também de corrupção. Paulo Moreira Leite defende que “sem ele, a criação e prolongada sobrevivência de regimes de natureza feudal, no Oriente Médio, seria impensável”. O autor complementa que na Venezuela uma elite predatória assumiu o controle da Estatal *PDVSA*, explorando os meios de manufatura através de métodos coloniais. Nos Estados Unidos, as multas contra empresas envolvidas em escândalos de corrupção são recorrentes. No âmbito brasileiro, somente através da censura imposta durante a ditadura militar

Relações Obscenas: as revelações do The Intercept/BR. 1ª. Ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. 405.p.

¹⁶ Disponível em: <https://www.ocafezinho.com/2017/05/12/carol-proner-lava-jato-e-uma-aberracao-juridica/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁷ Setores do Judiciário e do Ministério Público, ao justificarem a necessidade do uso de meio e métodos heterodoxos, transitando indiscriminadamente entre direito e política, criam situações processuais inéditas de desrespeito às regras elementares do processo democrático para combater “inimigos corruptos e corruptores”, e o fazem por meio de inovações processuais como o uso indiscriminado da condução coercitiva, da prisão preventiva, da aceitação de provas ilícitas, provas seletivas e indícios como prova, da delação premiada em condições extremas, situações que transformam o processo em um julgamento de exceção, corrompendo as funções acusatórias e do juiz natural, não sendo desarrazoado falar em corrupção do sistema de justiça”. PRONER, Carol; STROZAKE. Apresentação. *In*: PRONER, Carol et al. (orgs.) *Comentários a uma sentença anunciada*: O Processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

conseguiu-se mascarar o enriquecimento ilícito de autoridades, executivos e empresários vinculados à Petrobras. No decorrer do governo Sarney, revelou-se um esquema de desvios na subsidiária encarregada de compra e venda de combustível. Nem mesmo a denúncia de um jornalista de alta credibilidade, como Paulo Francis, convenceu as autoridades ou a mídia de investigar os esquemas de corrupção envolvendo a Estatal ao longo do governo de Fernando Henrique Cardoso. Sendo assim, os acertos e favores secretos envolvendo o petróleo estão presentes no mundo inteiro e no Brasil, desde sempre¹⁸.

A maior empresa da América Latina e a segunda maior produtora de energia do mundo é uma sociedade anônima de capital aberto, cujo acionista principal é o governo brasileiro. A Petrobras conta com quase 90 mil empregados diretos e responde por 13% do PIB do país. Não é por acaso que foram vinculadas notícias narrando a influência de autoridades americanas do DoJ (*Department of Justice*) no contexto da Lava Jato¹⁹. Tal controvérsia substancial protagonizada pelas instituições-membro da Operação, representou eminente ameaça à democracia, ao Estado democrático de direito e à soberania da Petrobras.

Ante o conseqüente processo de enfraquecimento da estatal, José Álvaro de Lima Cardoso²⁰ explica que se reduziram as atividades das empresas fornecedoras de serviços. As principais empreiteiras do país são responsáveis pelo fluxo de caixa da Petrobras e compuseram o rol de empresas investigadas pela Operação Lava Jato. Cardoso pondera que “(...) estamos tratando simplesmente de uma das maiores empregadoras e da maior pagadora de salários do país, além de âncora do nosso desenvolvimento científico, tecnológico e industrial”. Segundo o autor, a Petrobras foi responsável por mais de 10% de todo o investimento brasileiro em 2015, garantindo 92% do petróleo brasileiro disponível e 95% do gás produzido em seus poços. A produção alcançou 2,88 milhões de barris de óleo equivalente por dia (boed) e 2,69 boed de gás natural. Um recorde da produção nacional.

A reserva de pré-sal, descoberta durante o ano de 2006, representou para o Brasil a autossuficiência em relação ao petróleo, o que direcionou o país para uma posição de

¹⁸ Se a investigação de denúncias na Petrobras sempre foi uma necessidade, é impossível deixar de perguntar por que só agora se resolveu descobrir segredos tão antigos. A Lava-Jato ocorre depois que os horizontes da democracia brasileira foram alargados dramaticamente, após a chegada de Lula e do PT no governo, permitindo, pela primeira vez, que as camadas subalternas pudesses ter alguma voz – nem sempre ouvida – nas decisões do estado. LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da Lava Jato: Uma investigação necessária que se transformou numa operação contra a democracia*. Editora Geração. 2ª Ed. São Paulo, 2016, p. 72.

¹⁹ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57392099>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁰ CARDOSO, José Álvaro de Lima, 1958 – Um Pré-Sal para Pronta entrega. In: *Golpe de Estado e Imposição de Guerra Política no Brasil*/ José Álvaro de Lima Cardoso. 1ª. Ed. Florianópolis: Isadora Bernardo Cardoso, 2018. 126.p.

privilégio econômico, possibilitando a geração de novos empregos, expandindo os horizontes tecnológicos, culturais e sociais. De acordo com cálculos realizados pela equipe do senador Roberto Requião²¹, desconsiderando os avanços em outras áreas da economia, o pré-sal seria responsável por colocar o PIB *per capita* brasileiro, em torno de 24 mil dólares anuais – valor próximo ao PIB *per capita* de países mediterrâneos da União Europeia.

Nesse contexto de ascensão das camadas sociais populares, a Operação Lava Jato criou e vinculou práticas jurídicas distorcidas, possibilitando o crescimento das mobilizações em prol das posturas fundamentalistas e dogmáticas que negaram a pluralidade e a historicidade das práticas sociais, reforçando preconceitos, desigualdades e exclusões. Com a desmobilização da estatal e a sequente perda de milhares de empregos qualificados, paralisar-se-iam as atividades interessantes àqueles que seguem flertando com os ideais coloniais de exploração da mão-de-obra e subalternidades.

Ao escrever para a revista “ISTOÉ”, o autor Luís Artur Nogueira apontou que a Lava Jato destruiu de 1% a 1,5% do PIB, por ano. Isso implica pensar que as progressivas retrações econômicas, desde a deflagração da Operação, culminaram no encolhimento de 4,1% do valor do PIB em 2020²² e no desemprego de 14,8 milhões de brasileiros²³. Somente em seu primeiro ano, a Lava Jato retirou cerca de R\$142,6 bilhões da economia brasileira, que equivale a 3,5 vezes a quantia perseguida pelo parquet.

A instrumentalização da Lava Jato imprimiu à Petrobras a imagem de empresa corruptível e ineficiente, quando o que se apresentava no plano factível é completamente o oposto disso. Retomando as anotações do economista José Álvaro de Lima Cardoso, essa imagem “é fruto da construção meticulosa do golpe, ainda que os incautos nem sonhem com essa possibilidade”.

O GOLPE DE 2016 E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A CLASSE TRABALHADORA

Neste trajeto tortuoso, arquitetado por interesses econômicos antagônicos aos da sociedade brasileira, construiu-se o Golpe de 2016 contra a nossa democracia, que cul-

²¹ Disponível em: <https://mdbpr.org.br/7191/senador-roberto-requiao-vai-ao-supremo-contrat-privatizacao-do-pre-sal-e-refis/>. Acesso em: 10 out. 2021.

²² Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/pib-brasileiro-recua-no-ano-apesar-do-avanco-no-quarto-trimestre/>. Acesso em: 10 out. 2021.

²³ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-no-trimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2021.

minou com a retirada da presidenta Dilma Rousseff, sob falsas alegações e por interesses escusos, para beneficiar o grande patronato (nacional e internacional), em uma negociação baseada em uma agenda destrutiva para a classe trabalhadora e os setores frágeis da população. Sob o beneplácito das instituições públicas, cujo papel deveria ser a defesa do povo e dos interesses da nação.

Wilson Ramos é enfático e preciso ao afirmar que: *“Houve um golpe no Brasil. O impeachment da Presidenta sem que a mesma tenha cometido crime de responsabilidade foi uma farsa praticada por um Parlamento corrupto e acobertada pelo Judiciário”*²⁴.

Os donos do poder (o grande capital nacional e internacional) não queriam deixar de subjugar a classe trabalhadora e explorar as riquezas do país e, para tanto, tinham de barrar um governo legitimamente eleito por 54 milhões de votos. Uma vez mais repete-se a tragédia em que a classe média brasileira, em um ímpeto histórico para defender seus privilégios, alinhou suas expectativas aos representantes do capital e fez eco à uma imprensa que em seus meios reproduziu a “manjada” fórmula sensacionalista contra o empoderamento popular e os avanços sociais, repetindo parte do enredo do golpe de 1964.

Zygmunt Bauman²⁵ em seu ensaio póstumo *“Retrotopia”* explica que nas sociedades líquidas, dentro de sua própria liquidez, os seres humanos buscam voltar e consumir ideais do seu passado, retornando valores aparentemente sólidos para um mundo líquido e incerto. A conclusão que se dá é de que seria a *Retrotopia* uma série de possibilidades enxergadas no passado abandonado, mas que não morreu. Assim, fiel às utopias, a *Retrotopia* tem sua esperança conciliada na segurança das grandes ideias sepultadas do passado.

Bauman representa a tendência de nossa sociedade contemporânea em buscar na nostalgia as soluções autoritárias, diretamente implicadas na regulação social, sob a visão de que o indivíduo seria, por natureza, um predador do próprio indivíduo: egoísta, focado em suas necessidades e satisfações. E, assim sendo, a violência, o ódio e a dor seriam utilizadas pelos donos do poder para conseguir àquilo que se deseja ou acredita.

Reeditando “a velha agenda”, com o ataque à Petrobras, objeto de interesse das empresas transnacionais, valorizadas com nossas Reservas do Pré-Sal. Privatizando as empresas nacionais, com a transferência de ativos e concessões amplas em todas as áreas de logística e infraestrutura. Atacando o orçamento e as políticas públicas, ao congelar por 20 anos os gastos com saúde e educação, condenando a possibilidade de uma vida digna às próximas gerações.

²⁴ RAMOS FILHO, Wilson. Prefácio. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; NEUESCHWANDER, Juliana; PEIXOTO, Katarina; GUIMARÃES, Marília Carvalho. *A Resistência Internacional ao Golpe de 2016*. Baurur: Canal 6, 2016.

²⁵ BAUMAN, Z. *Retrotopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. 41.p.

Com relação aos direitos dos trabalhadores e às mudanças implementadas nas normas trabalhistas e sindicais, restou evidente que tais alterações aconteceram como uma “contrapartida” ajustada e negociada, após o golpe que destituiu a presidenta Dilma Rousseff.

O ex-presidente Michel Temer, sem qualquer constrangimento, reconheceu ter sido “um golpe” patrocinado contra a ex-presidenta (da qual era vice), em entrevista concedida no programa “Roda Viva” em setembro de 2019, tendo repetido mais de uma vez tal fala. Este ponto é relevante para compreendermos o processo de ataque e desmonte dos direitos da classe trabalhadora no Brasil. Assim se tratou de um movimento arquitetado, que teve seu início pelo menos três anos antes do seu desfecho. Através de ataques cotidianos articulados pelos meios de comunicação, da mesma maneira como atuaram contra o ex-presidente João Goulart em 1964.

O “Acordo” tinha sido selado nos bastidores por Temer que assegurou que adotaria as bases inscritas no documento *“Uma Ponte Para o Futuro”*²⁶, comprometendo-se a realizar as mudanças exigidas pelo poder econômico, privilegiando os interesses privados, conforme descrito no documento: *“garantindo que se faria por meio de transferências de ativos que se fizerem necessários, por meio de concessões amplas em todas as áreas de logística e infraestrutura”*; entregando ao capital privado setores estratégicos, como descobertas relativas às áreas de petróleo.

Entre as exigências do patronato, constava a da “flexibilização das normas trabalhistas”, sob o argumento de que “o país clama por pacificação, pois o aprofundamento das divisões e a disseminação do ódio e dos ressentimentos estão inviabilizando os consensos políticos sem os quais nossas crises se tornarão cada vez maiores”.

O golpe patrocinado em 2016, por meio do discurso dos vários segmentos, capitaneados pelo empresariado, nos permite visualizar a “inversão ideológica”, preconizada por Franz Hinkelammert²⁷ pois, sob auspícios de estar conclamando a paz, estabeleceu a ruptura com a ordem democrática, desprezou os milhões de eleitores que votaram em um projeto democrático e social e impôs os interesses econômicos, delineados nas ideias concebidas pela razão cínica do neoliberalismo. A ruptura com a legalidade garantiu que fossem atendidas e realizadas as pretensões do grande capital: apropriar-se das rique-

²⁶ Fundação ULYSSES GUIMARÃES – PMDB. Disponível em: <https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁷ HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: El caso de Jonh Locke. In: FLORES, Joaquín Herrera (Ed.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

zas do Estado e mudar as normas trabalhistas para obter mais lucros à custa da exploração da classe trabalhadora²⁸.

Não há como deixar de fazer um paralelo entre 1964 e 2016, esses dois momentos registram uma ruptura com a legalidade, com a democracia e a violação da Constituição Federal. Os interesses têm como pano de fundo mudanças que foram rejeitadas pelas urnas, mas impostas pelo uso de artimanhas, sob o frágil manto de legalidade²⁹.

A sociedade brasileira uma vez mais vê desbordar o processo democrático e a classe trabalhadora sofre novamente um duro golpe, dilacerando seus direitos, por meio de um processo de desconstrução imposto por um governo conservador e autoritário, seguindo os mandamentos do neoliberalismo³⁰, impondo leis sem qualquer discussão com a sociedade, fruto de acertos políticos, desfigurando o direito do trabalho, sob os auspícios dos vários poderes que compõem o Estado, com a imposição da Lei 13.467/2017 (conhecida como reforma trabalhista), que desempoderou e invisibilizou as entidades sindicais, beneficiando o poder econômico.

O patronato com sua ideologia neoliberal destruiu o pequeno legado, construído com dificuldade, de acesso a bens e serviços, que permitiram educação, saúde, moradia e preservação de direitos sociais.

Os artífices do golpe não contestam as críticas, nem sequer se dão ao trabalho de responder, pois encontram ao seu lado o poder midiático.

²⁸ Rosário Valpuesta Fernández alerta que os regimes não democráticos têm como características “... perpetrar uma violación massiva de los derechos humanos, sob pretexto de la defensa de una determinada ideología y unos concretos intereses, los que ostenta la clase dirigente, generalmente vinculada a las grandes corporaciones nacionales e transnacionales que no quieren ver alterado el statu quo del que obtienen grandes beneficios”. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosário. *Transición y neoliberalismo una puente*. In PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo (Cord.). *Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p. 78.

²⁹ MELLO, Prudente José Silveira. Há semelhanças entre o Golpe civil-militar de 1964 e o Golpe em 2016. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). *A resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

³⁰ FARIÑAS DULCE. Nos coloca em um dilema sobre a possibilidade de repensar a democracia, faz uma pergunta e nos sugere uma contribuição como resposta, importante para repensarmos o futuro. Questiona “... Pero, ¿hay futuro para la democracia? Creo que sí, y hay futuro, porque el presente es de batalla. Estamos en plena ‘guerra civil’ democrática, por eso no existe la serenidad suficiente para construir un discurso estratégico desde lo público y desde la dimensión normativa de la política, que sea capaz de regenerar la democracia. Estamos en una situación de tensión, en la que es necesario construir hegemonía democrática frente a la hegemonía neoliberal de los monopolios globales y sus lobbies financieros”. FARIÑAS DULCE, Maria José. *Democracia y Pluralismo: una mirada hacia la emancipación*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2014. p. 123.

Os promotores do golpe, dia a dia, dão continuidade ao processo em curso. O golpe não foi um ato isolado, ele é escrito diuturnamente, imprime suas marcas, assegurando aos parceiros econômicos o investimento que fizeram para depor a chefe de Estado.

Este golpe impôs um retrocesso social, com a destruição de direitos econômicos e prejuízo para a classe trabalhadora e as camadas mais humildes da população. Como em 1964, em defesa da democracia, atacam a democracia, e sob o argumento de frear a corrupção, permitem mais corrupção.

Mas a Lava Jato tinha outras pretensões escusas, como a de retirar do cenário político aquele que estava na frente nas pesquisas e que poderia ser a “pedra no sapato” dos artífices do golpe. O ex-juiz Sérgio Moro não só participou deste jogo sombrio contra a democracia, mas atuou juntamente com os procuradores do Paraná nos processos contra o ex-presidente, condenando-o e violando o devido processo legal, envergonhando assim a justiça brasileira. Com Lula fora do jogo, o caminho estava “terraplanado” para a eleição do candidato que representava os interesses do capital.³¹

A guinada conservadora sofrida pelo Brasil abriu campo para o avanço da ultra-direita. Jair Messias Bolsonaro foi eleito em outubro de 2018 em um processo político questionável. A história, dia a dia, vem revelando os artifícios e manipulações utilizados no processo eleitoral, em que o judiciário não ficou isento de críticas.

Após a sua posse, Bolsonaro adotou uma agenda de ataque ao movimento dos trabalhadores e suas representações, numa postura antissindical sem disfarces. Editou Medidas Provisórias para aprofundar as mudanças, inclusive para possibilitar novas formas de contratação como a MP 905 – *Contrato Verde Amarelo*, que reduz direitos, assim como as MPs 927 e 936, que limitam o poder de negociação dos sindicatos.

A sujeição dos trabalhadores e trabalhadoras a uma ideologia neoliberal, em que prevalece apenas a vontade suprema das empresas, impede a possibilidade de resistência seja no plano coletivo ou mesmo individual, como registram Joaquín Pérez Rey e Adoración Guamán³².

³¹ PRONER, Carol; NEUENSCHWANDER, Juliana. Informações Reveladas provam o ‘Lawfare’ como arma política no Brasil *In*: RIBEIRO, Ana Júlia Pires; Milek, Camila. *Relações Obscenas*: As revelações do The Intercept/BR. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 227

³² “*El derecho del trabajo que aquí hemos calificado de neoliberal ha dinamitado los equilibrios, convirtiéndose en un instrumento al servicio de la empresa que no siempre está en condiciones de garantizar la ciudadanía. Pero incluso así, debilitado, puede dar todavía un giro siniestro: configurarse como un derecho del trabajo del enemigo*”. REY, Joaquín Pérez; GUAMÁN, Adoración. *Derecho del Trabajo del enemigo: Aproximaciones histórico-comparadas al discurso laboral neofacista*. GUAMÁN, Adoración; ARAGONESES, Alfons; MARTÍN, Sebastián (dirs.) *In*: *Neofacismo: La bestia neoliberal*. Siglo XXI, 2019. p. 169.

Com os avanços conquistados pelos setores públicos e o conseqüente crescimento das funções do Estado, exigiu-se também o crescimento de seu aparelho através do fomento à pesquisa científica e à renovação tecnológica, sendo levado a multiplicar seus créditos, a financiar a aquisição dos meios materiais de produção por parte dos grandes capitalistas. Leandro Koner³³ coloca que “quanto mais importante se torna o controle do Estado, mais os capitalistas são levados a lutar para ‘limpá-lo’ de ‘incrustações democráticas’, empenhando-o funções repressivas e antipopulares”. Temos então, o tentado fascismo.

O fascismo surge como um símbolo da autoridade e poder do Estado. Para Rubens Casara³⁴, o fascismo é um conjunto de teorias, valores, princípios, estratégias e práticas à disposição dos governantes ou das lideranças de ocasião que dialogam com ideais reacionários e conservadores. A intolerância torna-se recorrente, buscando a repressão às diferenças e criando preocupação com os forjados “inimigos do Estado” através da criminalização dos movimentos sociais e da criação de um sistema penal estatizado, apontado para projetos neofascistas.

Conforme adentramos o submundo das crises econômicas capitalistas, enxergamos com mais facilidade a formação dos discursos que reproduzem os ideais fascistas através das constantes agressões sofridas por aqueles que pensam à esquerda.

Apesar da derrota militar na II Guerra, ainda se mostra presente o combate aos marginalizados: à comunidade LGBTQI+³⁵, ao povo negro³⁶, aos judeus³⁷, **às pessoas com deficiência**³⁸, mas também a qualquer indivíduo que confronte o ideal convencional dominante. Márcio Sotelo Felipe³⁹ ensina que uma das cabeças do fascismo, o ódio

³³ KONDER, Leandro. 1936 – *Introdução ao Fascismo*/Leandro Konfer. – 2ª. Ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2009. 184.p.

³⁴ CASARA, Rubens. Neofascismos: eles passarão? *In: Brasil em fúria: democracia política e direito/ Giane Ambrosio Alvares...*(et al). – Belo Horizonte (MG): letramento: Casa do Direito, 2017, 176.p.

³⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2021/09/17/professor-da-ufal-foi-morto-por-asfixia-aponta-laudo-do-impl.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁶ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/promotoras-abandonam-investigacao-sobre-morte-de-marielle-franco.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

³⁷ Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/05/19/policia-conclui-sem-indiciamento-inquerito-sobre-video-que-mostra-homem-balancando-bandeira-nazista-em-florianopolis.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁸ Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2021/09/29/9-pessoas-sao-presas-suspeitas-de-torturar-e-matar-deficiente-mental-no-ma.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁹ FELIPPE, Márcio Sotelo. Fascismo: as Múltiplas Cabeças da Hidra de Lerna. *In: Brasil em fúria: democracia política e direito/ Giane Ambrosio Alvares...*(et al). – Belo Horizonte (MG): letramento: Casa do Direito, 2017, 25.p.

social, constrói o fascista em seu descontentamento econômico, seu ressentimento social, sua contrariedade, transformando em ódio tudo o que ele pensa ser uma ameaça.

Boaventura de Souza Santos apregoa que estamos convivendo com processos de desestabilização de governos democráticos, destruição de líderes populares, como no caso de Lula (Evo Morales, Cristina Kirchner, Rafael Correa entre outros), para garantir o poder aos defensores do “deus mercado”, constituindo “democracias de fachadas”, para instrumentalizar e servir aos interesses econômicos, da ideologia neoliberal subjugando e desconstituindo direitos sociais que foram processos de luta das classes populares.

Antonio Baylos⁴⁰ assevera que os defensores do neoliberalismo impõem “uma situação de exceção que justifica a emanação de normas de urgência sobre a base da excepcionalidade a qual derroga elementos essenciais dos direitos democráticos reconhecidos como de caráter fundamental nas respectivas constituições nacionais”.

Boaventura aduz que a direita “consegue a cumplicidade do capital financeiro internacional, para inculcar nas classes populares e nos excluídos a ideia de que a austeridade não é uma política com que se possam defrontar”⁴¹.

Neste contexto há uma aparência de que as democracias se fragilizam, impõe-se uma ideia de impossibilidade de mudança, uma descrença de poder trilhar um outro curso, além da globalização econômica e da racionalidade instituída.

CONCLUSÃO

Vivemos tempos difíceis, em que atores essenciais à garantia do Estado democrático atuam de maneira a limitar a Constituição e os direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Com a Lava Jato, o Direito passou a ser utilizado como arma de guerra que carrega o flerte do capitalismo com a histeria fascista, dando espaço à ascensão do discurso de ódio, à retirada de direitos das camadas populares e da classe trabalhadora, perfazendo-se em numerais: seja através dos quase 15 milhões de brasileiros desempregados ou pela progressiva retração econômica.

⁴⁰ BAYLOS, Antonio. Excepcionalidade política e neoliberalismo. Europa e Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs). *A resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016. p. 44/45.

⁴¹ SOUZA SANTOS, Boaventura. Os perigos da desordem jurídica no Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs). *A resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016. p. 68.

Com o decorrer do tempo e o desenrolar da alegoria criada sob a guarida de Sérgio Moro e seus colegas do Ministério Público Federal, o patrimônio nacional foi veementemente atacado. A justificativa: pôr fim à corrupção.

O desmonte da Petrobras atravessa a temporariedade da Operação Lava Jato e é fruto da construção meticulosa do golpe que vinculou anomalias jurídicas ao Direito e possibilitou a ascensão de mobilizações fundamentalistas, ultraconservadoras e dogmáticas que negam sistematicamente a pluralidade, a historicidade das práticas sociais, os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os discursos odiosos são revalidados pelo elogio ao passado e a retrotopia passa a justificar o flerte dos donos do poder com o desmonte das Instituições, da soberania e com a dissimulada impossibilidade de mudança. É tramado o fascismo.

Repete-se então, a tragédia. A classe média alinha-se novamente com os interesses do capital, revisitando a fórmula sensacionalista que instrumentalizou o golpe militar de 64. Em 2016, o golpe foi patrocinado pela ruptura do Estado de Direito que desprezou os milhões de eleitores votantes em um projeto democrático que buscava na soberania da democracia assegurar às camadas sociais e aos trabalhadores valorização, dignidade e progresso constantes.

O avanço dos fascismos no Brasil se inscreve cotidianamente, por uma noção essencialmente mercantilizada. O capitalismo é o maior responsável por afundar seu próprio sistema em crise - uma vez que sem crise, o capitalismo não se sustenta. Forma-se um ciclo. Quanto maior o controle do Estado sobre o mercado, mais o sistema luta para exercá-lo da democracia, arquitetando mecanismos de repressão e antipopulismo.

Apesar da constante tentativa de livrar-se de seu odioso fardo, o Brasil não irá se libertar tão cedo das condições sociais, culturais, morais e tecnológicas que viabilizaram os recorrentes ataques às instituições democráticas. É necessário quebrar esta estrutura. É necessário desconstruir o ódio. É necessário usar o Direito como ferramenta conciliadora e não destrutiva. É necessário mudar.

Como nos ensina Joaquín Herrera Flores, não podemos nos acomodar, temos a obrigação de buscar, incessantemente, meios e condições que nos permitam ter *“acesso igualmente aos bens que garantam uma vida digna e para isso devemos lutar e construir espaços sociais, possibilitando que os grupos e indivíduos desenvolvam uma consciência necessária, para assim garantir a democracia*⁴².

⁴² MELLO, Prudente José Silveira. *O movimento sindical e a justiça de transição no Brasil: o direito à reparação dos trabalhadores que enfrentaram a ditadura militar*. Universidad Pablo de Olavide. Tesis

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO PIMENTA, Carlos Eduardo. “E agora José?: A corrupção nos diálogos da Lava Jato”. In: RIBEIRO, Ana Júlia Pires; MILEK, Camila. *Relações Obscenas: As revelações do The Intercept/BR*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- BAUMAN, Z. *Retrotopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BAYLOS, Antonio. Excepcionalidade política e neoliberalismo. Europa e Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs). *A resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.
- CARDOSO, José Álvaro de Lima, 1958 – Um Pré-Sal para Pronto entrega. In: *Golpe de Estado e Imposição de Guerra Política no Brasil*/ José Álvaro de Lima Cardoso. 1ª. Ed. Florianópolis: Isadora Bernardo Cardoso, 2018.
- CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity’. In: SMITH, Margareth; CROSSLEY, David. *The way out: Radical alternatives in Australia*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em: 23 set. 2021.
- CASARA, Rubens. Neofascismos: eles passarão? In: ALVARES, Giane Ambrosio...(et al). *Brasil em fúria: democracia política e direito*. Belo Horizonte (MG): letramento: Casa do Direito, 2017.
- D’ANCONA, Matthew. *Pós-verdade / Matthew D’Ancona*; [tradução Carlos Szlak]. 1 ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.
- DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge (Mass.), Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001.
- FARIÑAS DULCE, María José. *Democracia y Pluralismo: una mirada hacia la emancipación*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2014.
- FELIPPE, Marcio Sotelo. Fascismo: as Múltiplas Cabeças da Hidra de Lerna. In: ALVARES, Giane Ambrosio...(et al). *Brasil em fúria: democracia política e direito*. Belo Horizonte (MG): letramento: Casa do Direito, 2017.
- GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing Lawfare*. P. 14. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_TheoreticalFramework. Acesso em: 23 set. 2021.
- GUAMÁN, Adoración; ARAGONESES, Alfons; MARTÍN, Sebastián (dirs.) In: *Neofacismo: La bestia neoliberal*. Siglo XXI, 2019.

HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: El caso de Jonh Locke. *In: FLORES, Joaquín Herrera (Ed.). El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal.* Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000.

KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war.* Oxford: Oxford University Press, 2016.

KONDER, Leandro. 1936. *Introdução ao Fascismo/Leandro Konfer.* 2ª. Ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da Lava Jato: Uma investigação necessária que se transformou numa operação contra a democracia.* Editora Geração. 2ª Ed. São Paulo, 2016.

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. *Unrestricted warfare.* Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.

MELLO, Prudente José Silveira. Há semelhanças entre o Golpe civil-militar de 1964 e o Golpe em 2016. *In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.). A resistência ao golpe de 2016.* Bauru: Canal 6, 2016.

MELLO, Prudente José Silveira. *O movimento sindical e a justiça de transição no Brasil: o direito à reparação dos trabalhadores que enfrentaram a ditadura militar.* Universidad Pablo de Olavide. Tesis Doutoral. 2016. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2379/silveira-mello-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

NASSIF, Lourdes. E Nem é Por Falta de Pesadelo. *In: RIBEIRO, Ana Júlia Pires, MILEK, Camila (Orgs.). RAMOS FILHO, Wilson; NASSIF, Maria Inês; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, GONÇALVES, Mirian (Coords.). Relações Obscenas: as revelações do The Intercept/BR.* 1ª. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PRONER Carol; NEUENSCHWANDER, Juliana. Informações Reveladas provam o “Lawfare” como arma política no Brasil. *In: RIBEIRO, Ana Júlia Pires, MILEK, Camila (Orgs.). Relações Obscenas: As revelações do The Intercept/BR.* 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PRONER, Carol; STROZAKE. Apresentação. *In: PRONER, Carol et al. (orgs.). Comentários a uma sentença anunciada: O Processo Lula.* Bauru: Canal 6, 2017.

PRONER, Carol. *Lawfare Neoliberal e o Sacrifício de Lula.* *In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4.* 1.ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

RAMOS FILHO, Wilson. Prefácio. *In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; NEUESCHWANDER, Juliana; PEIXOTO, Katarina; GUIMARÃES, Marília Carvalho. A Resistência Internacional ao Golpe de 2016.* Bauru: Canal 6, 2016.

RICOBOM, Gisele; PETRI, Paulo. *Lawfare Internacional e a Judicialização da Política no Brasil.* *In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4.* 1.ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

RODRIGUES, Eder Bomfim. Estado Pós-Democrático, *Lawfare* e a decisão do TRF-4 Contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. Comentários a um acórdão anunciado: O Processo de Lula no TRF4. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

SOUZA SANTOS, Boaventura. Os perigos da desordem jurídica no Brasil. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs). *A resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosário. Transición y neoliberalismo una puente. In: PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo (Coord.). *Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. Rafael Valim – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

DIREITOS SOCIAIS E SUA DESCONSTRUÇÃO: ENSAIO REFLEXIVO SOBRE A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Rosangela Lunardelli Cavallazzi¹

Sayonara Grillo²

SUMÁRIO

1. OS DIREITOS SOCIAIS LABORAIS SÃO ASSEGURADOS PELOS TRIBUNAIS?; 2. SÃO OS DIREITOS DO CONSUMIDOR EFICAZMENTE PROTEGIDOS?; 3. OBSERVAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

A atuação das instituições do sistema de justiça para a consolidação dos direitos fundamentais e para a garantia da realização dos direitos sociais é o objeto de expressivas e hegemônicas pesquisas e produções na área do Direito. Na última década, contudo, na esteira da ocorrência de fenômenos conhecidos como *lawfare*, com o qual se verifica uma

¹ Pós-Doutora pela École Doctorale Villes et Environnement – Université Paris 8. Doutora e Mestre em Direito (UFRJ e UFSC). Professora-adjunta e Pesquisadora da UFRJ e da PUC-Rio. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Urbanismo do Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. Bolsista Produtividade do CNPq, Cientista do Estado FAPERJ.

² Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Professora Associada na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Líder do grupo Configurações Institucionais e Relações de Trabalho - CIRT. Desembargadora do Trabalho no TRT - 1ª Região.

reorientação da atuação de parcela das organizações estatais, administrativas, judiciárias ou legislativas, para a perseguição de lideranças sociais e políticas, evidencia-se o crescimento das reflexões críticas sobre o papel dos tribunais na efetivação dos direitos e na garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o “ativismo judicial negativo” se desloca do campo dos direitos sindicais e laborais, atingindo também o núcleo dos direitos e garantias individuais nos âmbitos dos direitos administrativo e penal.

Com a expansão do ativismo negativo, ou seja, de um padrão de interpretação que desconstrói direitos fundamentais assegurados no texto da Constituição e nas conquistas, e sua radicalização, com o surgimento do *lawfare*, torna-se imperioso refletir sobre os antecedentes desse padrão decisório de desconstrução de direitos humanos e retomar estudos e abordagens que refletem sobre o descompasso entre garantia de direitos e atuação judicial. Tendo em vista o escopo da presente publicação³, o presente artigo se propõe a analisar decisões judiciais selecionadas que denotam que os direitos dos vulneráveis não têm sido garantidos pelos Tribunais em tempos de austeridade. O papel exercido pelas cortes em relação à (não) garantia dos direitos sociais e (des)proteção dos vulneráveis é apresentado com reflexões no campo dos direitos sociais laborais (seção 1) e no campo dos direitos sociais consumeristas (seção 2). A análise é precedida por considerações sobre a conjuntura atual, situando as políticas de austeridade e sua incidência sobre o Estado constitucional, no contexto de políticas de austeridade fundamentadas em produção normativa que restringe direitos sociais fundamentais agravando relações de vulnerabilidade.

³ Como o presente artigo se destina a homenagear a jurista Caroline Proener, as autoras se reuniram, com diferenciadas contribuições, a partir de suas contribuições ao *Máster Universitario Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide*, tão bem coordenado pela professora Carol Proener, para refletir sobre o que consideramos um fenômeno precedente ao que atualmente é conhecido como *lawfare*, mas que em certa medida o antecede. Para tanto, a primeira seção é oriunda da conferência apresentada pela segunda coautora em fevereiro de 2015 no Seminário “*El impacto del capitalismo sobre el Estado Constitucional, los derechos sociales y los sistemas democráticos*”, organizado pela Universidad Pablo de Olavide (UPO) (Máster Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo) e Universidad Internacional de Andalucía (UNIA), com o apoio da Cátedra UNESCO - Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, do Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF) e do Seminário-Taller Interdisciplinar sobre Teoría Crítica Antagónicas, ainda inédita, e a segunda seção, sobre direitos consumeristas, origina-se das pesquisas da primeira coautora, envolvida nos dois últimos Seminários organizados pela professora Carol Proener à frente daquele programa e do Instituto (IJHF), em 2018 e 2019, ambas a partir do convite e liderança da professora Carol. Nesse sentido, homenageamos nossa colega na Faculdade Nacional de Direito, na UPO e na Associação Brasileira de Juristas para a Democracia (ABJD), que integramos, uma mulher comprometida com os Direitos Humanos em seu processo contínuo de construção, reconhecimento e garantia.

1 OS DIREITOS SOCIAIS LABORAIS SÃO ASSEGURADOS PELOS TRIBUNAIS?

Ao examinar as decisões do Tribunal Constitucional Espanhol que consideraram manifestamente infundadas as arguições de inconstitucionalidade suscitadas contra inúmeros dispositivos regressivos que descaracterizam elementos relevantes do Direito do Trabalho espanhol,⁴ introduzidas em 2012 no bojo de políticas governamentais de austeridade,⁵ o professor Joaquim Perez Rey observa a discrepância entre a decisão que chancelou a reforma trabalhista neoliberal e os posicionamentos das cortes internacionais sobre o conteúdo e a extensão dos direitos sociais na Comunidade Europeia. Perez Rey indica que diante das decisões as principais centrais sindicais espanholas consideravam rompidos os pressupostos do Estado constitucional social e indicavam o provável deslocamento das contestações para o plano internacional, tanto no âmbito da Organização Internacional do

⁴ As decisões do Tribunal Constitucional Espanhol que apreciaram as arguições de inconstitucionalidade propostas contra diversas modificações realizadas no Estatuto dos Trabalhadores daquele país estão disponíveis no sítio da *internet* daquele tribunal. Na *Sentencia 119/2014*, de 16 de julho de 2014, publicada no BOE n. 198, de 15 de agosto de 2014, foi apreciado o recurso de inconstitucionalidade n. 5603-2012, interposto pelo Parlamento de Navarra contra a Lei 3/2012, integrante do pacote de medidas de reforma laboral conservadora promovidas pelo governo do Partido Popular. No Acórdão é possível encontrar o voto divergente do ministro do TC Fernando Valdés no qual é demonstrada a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da reforma laboral, tais como o artigo 4.3, que amplia o período de prova para um ano em contratos específicos de apoio aos empreendedores etc.; os artigos 14.1 e 14.3, que modificam o regime de negociação coletiva e conferem prioridade aos acordos de empresa sobre os convênios coletivos setoriais e estabelecem um regime de arbitragem obrigatório em determinados casos, à luz dos direitos e garantias constitucionalmente reconhecidas de negociação coletiva, com um modelo promocional (artigo 37.1 da CE), de liberdade sindical e de proteção contra as dispensas injustificadas. Ver também o *Auto 43, de 2014*, de 12 de fevereiro de 2014, publicado no BOE 60 de 11 de março de 2014, com o qual não se admitiu a arguição de inconstitucionalidade 3801-2013/2014, referente aos requisitos de urgência e relevância (excepcional necessidade) exigidos para admitir-se a normatização pela via dos decretos-lei (Real Decreto-Ley), nos termos do artigo 86.1 da Constituição Espanhola; o *Auto 8, de 2014*, de 14 de janeiro de 2014, sobre a alegação de inconstitucionalidade n. 5122-2013, e o recurso de inconstitucionalidade 5610-2012. Disponível em: hj.tribunalconstitucional.es. Acesso em: 16 fev. 2015.

⁵ Sobre o conteúdo da reforma, consultar BAYLOS GRAU, Antonio (Org.). *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Bomarzo, 2012, p. 11. O RDL 3/2012 “es con toda seguridad un texto legal profundamente errado desde el punto de vista de la política del derecho, que impone elementos centrales de desregulación de las relaciones laborales, acompañándolas de un profundo rechazo de la acción sindical. Sus rasgos caracterizadores pueden resumirse en el encumbramiento de la decisión unilateral del empresario como fuente principal de determinación de reglas sobre el trabajo en sustitución de la negociación colectiva, el disciplinamiento de los trabajadores em torno a un despido barato y siempre definitivo y a unos contratos con salarios cada vez más reducidos, la funcionalización de los acuerdos colectivos a la decisión empresarial, y una fortísima reducción del contenido laboral del derecho al trabajo tal como se desprende de su reconocimiento constitucional.”

Trabalho, quanto do Tribunal de Luxemburgo. E salienta que apesar da decisão do Tribunal Constitucional ter rechaçado as alegações de inconstitucionalidade, existem decisões judiciais, provenientes de instâncias da jurisdição social espanhola, que têm acolhido pressões de trabalhadores afetados pelas medidas empresariais adotadas com base nessa nova normatividade, reinterpretando-a ou afastando-a com fundamento em normas de direitos humanos consagradas na ordem internacional.⁶ Afastam-se leis que representam grave supressão e/ou redução nos direitos sociais dos trabalhadores mediante técnica de controle de convencionalidade. Passados seis anos de tal advertência, é possível observar que assim como na Espanha, a maioria formada em nosso Supremo Tribunal Federal segue em sentido semelhante ao rechaçar a maior parte das ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra a Reforma Trabalhista de 2017, adotada na esteira das políticas de austeridade que influenciaram as mudanças legislativas espanholas em 2012 e as brasileiras de 2017.

No mesmo sentido, Baylos Grau na editoria da *Revista de Derecho Social* advertia que a recusa à invalidação judicial das reformas trabalhistas espanholas, levaria ao rompimento com

el consenso constitucional básico del texto de 1978, al desagradar tanto la autonomía colectiva como principio básico del pluralismo social como el contenido esencial del derecho al trabajo, que se considera incompatible con los desarrollos de la economía de mercado interpretada desde la decisión unilateral de la libre empresa.⁷

Também no Brasil do último quinquênio, a atuação das cortes superiores tem demonstrado a incapacidade dos tribunais para assegurar direitos fundamentais reconhecidos às pessoas em situação de vulnerabilidade em suas relações de trabalho e o desprezo sobre o conteúdo das garantias sociais e sindicais como limites ao poder econômico e à livre iniciativa. Naquele cenário, diante de uma “*percepção negativa da jurisdição constitucional*”, a editoria espanhola da *Revista de Derecho Social*, representativa de um conjunto expressivo de juristas do trabalho, indicava que em tal cenário de fratura social e política espanhola, a arena internacional passaria a ser o “campo imediato para questionar a de-

⁶ Sobre a aplicação das regras da Carta Social Europa para afastar as regras que limitam as garantias contra a dispensa imotivada no “contrato estrela” introduzido pela Reforma laboral pela jurisdição social, ver a análise sobre a SJS 2 de Barcelona de SALCEDO BELTRÁN, Carmen. Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y Período de Prueba. *Revista de Derecho Social*, Albacete: Bomarzo, n. 64, p. 119-144, out./dez. 2013.

⁷ REVISTA DE DERECHO SOCIAL. *Cuestionamientos de la reforma laboral del 2012*, Albacete: Bomarzo, v. 66, p. 7-12, abr./jun. 2014. p. 12.

cisão inaceitável do órgão constitucional espanhol”⁸. No Brasil, a busca pelas cortes e agências internacionais (como a CorteIDH ou a OIT e seu Comitê de Liberdade Sindical) para tentar minorar a ausência de garantias aos direitos humanos das pessoas vulneráveis no âmbito do trabalho não é recente, sendo recorrentes os casos de insuficiência da atuação jurisdicional em matéria de direitos sindicais e trabalho escravo contemporâneo. A desconstrução promovida pela reforma trabalhista, conforme sugerem os últimos votos proferidos em nosso Supremo Tribunal Federal sobre direito de ação e gratuidade de justiça para trabalhadores, no âmbito da discussão sobre constitucionalidade do artigo 791-A da CLT, parece indicar o mesmo caminho.

A declaração de constitucionalidade da reforma trabalhista espanhola de 2012, o contexto de resistência à destruição progressiva do estado social construído na Europa no pós-guerra que envolve centrais sindicais, movimentos sociais, juristas, magistrados e movimentos políticos que denunciam a profunda precarização das condições de vida da população sujeita aos imperativos mercadológicos adotados pós-crise de 2008, constituem um pano de fundo capaz de demonstrar a complexidade da questão proposta para reflexão: limites e possibilidades do estado social, de suas garantias, e a dinamicidade ínsita que a temática envolve. E em específico as reflexões dialogam com a questão proposta pela professora Carol Proener como fio condutor para este Seminário: *os tribunais estão ou não atuando de modo eficaz para assegurar e garantir os direitos fundamentais?*

Sem desconsiderar as insuficiências do estado social⁹, de suas garantias¹⁰, e dos garantidores institucionais dos direitos sociais, o papel do direito e das normas jurí-

⁸ REVISTA DE DERECHO SOCIAL. *Cuestionamientos de la reforma laboral del 2012*, Albacete: Bomarzo, v. 66, p. 7-12, abr./jun. 2014. p. 12.

⁹ De um ponto de vista histórico, no plano concreto, trata-se de insuficiências do modelo de *welfare state* introduzido pós-segunda guerra, adstrito aos países centrais, que exclui formas não assalariadas de trabalho e negligente com questões raciais e de gênero.

¹⁰ Sob uma perspectiva teórica, registrem-se as advertências de J. Herrera Flores no sentido de que “todo o edifício constitucional do Estado de Direito parece cumprir uma função autônoma com respeito a suas bases materiais. Sua racionalidade, coerência e universalidade parecem ficar garantidas pelo próprio sistema jurídico/constitucional, enquanto sua base material – a econômica – se apresenta como uma estrutura submetida à (ir)racionalidade da ‘mão invisível do mercado’. Todo edifício racional funcionaria sustentado em relações materiais (saúde, moradia...) como imateriais (os mesmos direitos que se incluem nas normas constitucionais). Nada mais distante da realidade, pois o sistema capitalista é um todo, uma totalidade, em que o político (que aparentemente goza de autonomia em face das relações sociais materiais) é um instrumento e uma prática funcionais às premissas econômicas hegemônicas (aparentemente autônomas em face de suas premissas ideológicas, políticas e jurídicas). Ainda que tal conjunto de direitos funcionais ao funcionamento do mercado como entidade autorregulada nos tenha devotado um círculo de garantias, às quais por nenhuma razão devemos renunciar – dado que em sua construção participamos todas e todos com a esperança posta em um ‘garantismo jurídico’ que respeitasse as nossas lutas –, se não ‘tomarmos consciência’ dessa interação sistêmica entre o

dicas positivadas não é de somenos importância. Afinal, como expectativas relacionadas à satisfação de necessidades básicas, os direitos sociais interessam potencialmente a todos, mas particularmente àqueles que têm pouco ou nenhum acesso aos bens por eles protegidos que se conectam com a sobrevivência e com o gozo de condições materiais que possibilitem o exercício de uma vida com liberdade e autonomia¹¹. Por esse motivo, convém lembrar a advertência de Herrera Flores no sentido de que a “existência de normas jurídicas ‘garantidoras’ dos direitos trabalhistas é algo importantíssimo”¹².

Em abordagens mais clássicas, falar em garantias jurídicas é discutir o papel dos tribunais, a justiciabilidade, a aplicação imediata dos direitos positivados. No caso dos avanços sociolaborais e das políticas de regulação do mercado, uma retrospectiva histórica demonstra não apenas a timidez, mas a atuação “ativista” das cortes em frear as transformações com interpretações que afirmaram a existência na constituição formal de princípios e conteúdos deduzidos da lógica do mercado e como senso comum dos juristas da época.

Há casos conhecidos que ilustram o ativismo hermenêutico em favor da estruturação liberal do Estado na história jurídica do século XX. Lembre-se que o *New Deal*, com seu programa de estímulo produtivo por meio de intervenção no domínio econômico, enfrentou o conservadorismo da Suprema Corte Americana, que bloqueava as propostas de Franklin Delano Roosevelt com base no precedente estabelecido desde o caso *Lochner vs New York*. Recorde-se dos embates entre o governo FDR e a Suprema Corte até que começasse a declinar a jurisprudência da corte assentada na liberdade de contratar, já no final dos anos 1930.¹³ E ainda a interpretação orientada pela memória repressiva e de um

processo capitalista e a economia capitalista (como elementos necessários para entender o conceito de modernidade e apreciar as injustiças e explorações a ela associadas), como confrontar a manutenção e generalização globais das injustiças e explorações que supõe o processo de acumulação do capital?” (HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 128)

¹¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 11.

¹² Com as garantias trabalhistas é possível “tornar evidentes as situações de desvantagem em que nos colocam as puras relações de mercado. Com uma legislação trabalhista garantidora dos direitos dos trabalhadores, poderemos denunciar as situações legítimas por princípios de justiça que, em seus fundamentos, estão definidos em benefício de um grupo somente, o qual transgredir continuamente os procedimentos reconhecidos ‘publicamente’ como válidos em função de seus próprios interesses.” (HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 58)

¹³ Para o caso *Lochner vs New York*, no qual a maioria (5x4) da Suprema Corte Americana, nos termos do voto do *Justice Peckham*, 198, US (1905), declarou a inconstitucionalidade da limitação legislativa da jornada trabalho, ver HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos Juizes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais*. Curitiba: Juruá, 2010. Ao exami-

constitucionalismo pretérito quando sob a Constituição de Weimar – que estabelecera um projeto democratizante das relações políticas e econômicas e em contexto de hiperinflação – o poder judiciário alemão reagiu de modo implacável diante das greves trabalhistas, de um modo que não se observou posteriormente com os golpes que permitiriam a ascensão da direita nazista alemã¹⁴.

Em tese, se os tribunais como integrantes do poder de Estado podem obstar mudanças quando há avanços democráticos e de garantias sociais, econômicas e culturais, também poderiam opor bloqueios aos processos de contrarreforma, mitigando o retrocesso em períodos difíceis e conservadores. É o que se poderia concluir, quando se observa a tendência de conservação da ordem estabelecida e de resistência às mudanças por parte do Direito e do Poder Judiciário.

Desse ponto de vista, depois de muitas décadas de avanços e retrocessos, quando já estava fixado um novo paradigma jurídico, assentada uma função promocional do direito¹⁵, estabelecido no constitucionalismo que emergira das redemocratizações do pós-guerra europeu ou das pós-ditaduras hispano-ibéricas e latino-americanas a intervenção do Estado nas economias e o reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, seria de se esperar que as garantias jurídicas e as instituições judiciais estabelecessem contenções às proposições legislativas de contrarreforma que mercantilizam a vida¹⁶ e o trabalho e reorganizam um mercado des/regulado e sem controle. Aliás, as promessas do constitucionalismo do século XX não estavam adstritas a um programa político assentado

nar as reações encontradas no Poder Judiciário para admitir controles econômicos e democratização política com direitos sociais, PISARELLO, Gerardo registra os embates de Roosevelt com o Industrial Recovery Act e a Suprema Corte em seu *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Trotta, 2011, p. 139-154, e indica como marcos do declínio da jurisprudência anti-intervencionista os casos *West Coast Hotel Co. vs Parrisch* e *NLRB vs Jones & Laughing Steel Corporation*, nos quais foram declaradas constitucionais regras que restringiam a liberdade contratual em favor das mulheres e crianças e normas do Wagner Act, sobre direitos sindicais, respectivamente. O reconhecimento dos direitos sociais como constitucionais nos Estados Unidos seria contido nos anos 1970 (ver PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes, caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014, p. 96).

¹⁴ Ver PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011, p. 131.

¹⁵ Conforme conceito atribuído por BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, 1977.

¹⁶ Ver CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Políticas de Aus-teridade no Brasil contemporâneo: retrocessos laborais e consumeristas (2017-2019). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, ano 28, v. 126, p. 17-50. nov./dez. 2019; e SILVA; Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A mercantilização da vida, as desproteções do trabalho e o crédito consignado: Os arranjos normativos recentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, ano 25, v. 106, p. 411-444, jul./ago. 2016.

em uma determinada antropologia de um homem que tinha acesso a uma vida digna por seu trabalho protegido no mercado e sua propriedade social assegurada no pós-trabalho pelo Estado.¹⁷ As promessas também envolviam estabilidade jurídica e permanência dos conteúdos sociais constitucionalizados, com a rigidez constitucional limitando o poder das maiorias ocasionais e com as cortes como guardiãs que deveriam proteger as ideias de direito que informavam o coração das Constituições democrático-sociais.

É bem verdade que, assim como inúmeras políticas de governo, também existem decisões judiciais que buscam concretizar as garantias sociais estabelecidas e as conquistas laborais e dos movimentos sociais (não sem contradições, dissensos, lutas e consensos). Afinal, de um ponto de vista jurídico, se são normas, não são meras promessas. E a ineficácia dos direitos sociais e laborais não é lógica,¹⁸ nem natural¹⁹, mas fruto de violações sistemáticas e orientadas a regras que desmercantilizam a vida e que importam mais para os mais desfavorecidos e excluídos. No campo da prática jurídica, são representativas dos esforços dos juristas comprometidos com a *dignidade das garantias* que atuam para a *garantia da dignidade* as decisões do Tribunal Constitucional Português (não as dos anos recentes, mas às dos anos 1980), que afirmariam o *principio do não retrocesso social* como contenção necessária às políticas governamentais de erosão dos direitos sociais.²⁰

¹⁷ Propriedade social, conforme conceito desenvolvido por Robert Castel, refere-se ao conjunto de leis sociais, trabalhistas e previdenciárias que asseguram um estatuto jurídico garantidor da existência para a classe trabalhadora, infenso às mutações de mercado na medida em que assegurado pelo Estado. (CASTEL, Robert. *La inseguridad social: Qué és estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2004).

¹⁸ Ver FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

¹⁹ Para observar um caso de alto grau de descumprimento que não é mera consequência natural da baixa efetividade do direito, consultar trabalho de Adalberto Moreira Cardoso sobre Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. O estudo demonstra empiricamente como a intensificação do processo de judicialização das relações laborais no final dos anos 1990 se relaciona com uma postura de contestação do direito do trabalho por parte dos empregadores que atuaram para deslegitimar a ordem legal e para “flexibilizar a frio o mercado de trabalho” (CARDOSO, Adalberto Moreira. *Direito do trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *Os três poderes e a democracia no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002. p. 493-555, p. 496).

²⁰ Registre-se o voto do constitucionalista português Vital Moreira quando o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais regras que diminuam garantias inerentes ao direito à saúde em seu país: “Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de deverdor. [...] Se o fizesse, incorreria em violação positiva [...] da Constituição. [...] As tarefas consti-

E, no campo da teoria do direito, as formulações do garantismo,²¹ como paradigma jurídico-constitucional.

Contudo, depois de décadas de hegemonia neoliberal e diante da facticidade de uma *normatividade* emergente, observa-se que os tribunais não foram capazes de efetivar os direitos sociais assegurados e em poucos casos lograram êxito em *garantir as garantias* contra a desconstitucionalização e, não raro, atuaram como os demais poderes de Estado na desconstrução da ordem social e reconstrução jurídica da ordem neoliberal.²² Resistências existem, nas cortes, nos governos, nas instituições e nas organizações sociais, mas a lógica dos imperativos econômicos de mercado se instaura. E os cidadãos servos permaneceriam desarmados para enfrentar tal estado de coisas por terem confiado

tionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles da teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'". (Acórdão n. 39/84 Tribunal Constitucional, 1984)

²¹ Para o garantismo como paradigma teórico e como técnica de tutela jurídica, ver FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 62. Como técnica de tutela jurídica, tem-se um "conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes – públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional – mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, em concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados." Sobre decisões garantistas proferidas pelas cortes brasileiras em matéria laboral, ver SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos Fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. In: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo; MENDONÇA, Ricardo Nunes (Org.). *Jurisprudência crítica e crítica da jurisprudência: trabalho e regulação no Estado constitucional*. São Paulo: LTr, 2013. p. 137-154.

²² Sobre a atuação do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil) como um ator privilegiado no processo de reforma trabalhista neoliberal e agente de flexibilização pela via da jurisprudência, consultar SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. No campo das Relações Coletivas de Trabalho, nossos estudos anteriores sinalizaram que as ações do judiciário trabalhista brasileiro, desde os anos 1940, se caracterizaram por *movimento pendular*, como muito bem explicita HORN, Carlos Henrique. Apresentação ao livro. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008: "quando a autonomia sindical parece se fortalecer em contextos de maior liberdade política e/ou de crescimento econômico, o judiciário faz uso do seu poder normativo para cercear a manifestação dessa autonomia (*uso para contenção*), ao passo que quando a autonomia sindical se enfraquece sob contextos de repressão política e/ou de elevado desemprego, o judiciário não utiliza o poder normativo como meio para remediar os efeitos deletérios de tais conjunturas sobre os trabalhadores, senão que autorreprime seu uso (*contenção do uso*)."

somente às instituições de Estado o papel de garantidor dos seus direitos, na expressão de Juan Ramón Capella.²³

Diante do assalto da constituição neoliberal ao conteúdo social das constituições estatais, em um longo *termidor*,²⁴ que provoca erosões na democracia, nas garantias sociais e que instaura a primazia da *lex mercatoria* e das políticas liberais de austeridade, há que se refletir sobre as insuficiências dos paradigmas constitucional e laboral, na medida em que se põem em dúvida alguns dos pressupostos estabelecidos para o próprio estado de direito e da democracia.

Nesse contexto, uma alternativa está na “expansão do paradigma democrático e constitucional aos ordenamentos supranacionais à altura dos poderes extra ou supranacionais”²⁵; a construção de barreiras e contenção aos poderes privados na ordem internacional e de garantias para os direitos em tribunais e órgãos internacionais. Retornando ao caso da reforma laboral (admitida pelo Tribunal Constitucional espanhol, e muito provavelmente também admitida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando sólidas razões jurídico-

²³ “Os ‘cidadãos’ são chamados a *sacrificar-se* a cada crise econômica (isto é: podem ver-se despedidos, aposentados de improviso, empobrecidos, marginalizados) enquanto se reestrutura o capital (isto é: quando este se desprende de técnicas produtivas obsoletas, se re-hierarquiza e amplia o âmbito de seu domínio); e hão de *adaptar-se* logo a seus ciclos de euforia, ou seja, *consumir*. Entregar a alma. Consumir qualquer coisa que se produza massivamente. Os ‘cidadãos’ são *livremente* servos. A nova servidão contemporânea consente gastos militares imensos, dedicados, abertamente à *coerção sobre o mundo da pobreza*. [...] O catálogo dos horrores do mundo desencantado, contemporâneo, de relações sociais universalizadas, estabelecidas insuportavelmente assim, ante as quais os seres humanos, como cidadãos, carecem de *poder*, com o perigoso engano de que a cidadania – universalista, ilustrada – chegue a parecer redundante. [...] Os cidadãos-servos são os sujeitos dos *direitos sem poder*. Da delegação no Estado e no mercado. Da privatização individualista. Os cidadãos se desdobram em servos ao ter dissolvido seu *poder*, ao confiar só ao Estado a tutela de seus ‘direitos’, ao tolerar uma democratização falta e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a ‘vontade estatal’ que facilita o crescimento, supraestatal e extra-estatal, desse poder privado.” (CAPELLA, Juan R. *Os Cidadãos Servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 146-147)

²⁴ A locução que evoca o período da restauração na revolução francesa é empregada por PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madri: Trotta, 2011, p. 19, para descrever o avanço do conservadorismo neoliberal fundado na primazia da *lex mercatoria*. Como explica: “Termidor ha quedado identificado con los frenos a los procesos de democratización realizados en nombre de la propiedad y del gobierno de los notables. Y a veces, también, con la degradación burocrática y despótica de las reacciones contra otras tiranías o plutocracias. De ahí su importancia en los tiempos que corren. Y es que aquello que se conoce como globalización neoliberal, así como la crisis que ha desatado en los últimos años, también podría considerarse la última fase de un largo Termidor. Es decir, el capítulo postrero de una prolongada historia de mercantilización de diferentes esferas de la vida, en la que una reducida minoría económica y financiera (y cada vez más, ambientales) de un amplio sector de la humanidad.”

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madri: Trotta, 2014, p. 22.

-constitucionais permitiriam que as cortes a rechaçassem²⁶), a contestação político-jurídica se desloca para outros planos. Agora, quando a jurisdição constitucional não garante os direitos fundamentais, é possível os arguir nos Tribunais Internacionais, com ou sem diálogo entre cortes²⁷, nos órgãos internacionais de controle dos pactos e das convenções internacionais, como os da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e mesmo perante outros tribunais nacionais, seja mediante controle de convencionalidade ou por força de reinterpretação que leve em conta os tratados internacionais de direitos humanos.

Contudo, o deslocamento espacial dos estados nacionais para a esfera internacional é importante diante da globalização, mas não é suficiente se não houver uma ampliação real e democrática das arenas e dos instrumentos das garantias.²⁸ Um resgate de poder pelos cidadãos. Um retorno da política e da democracia contra o mercado. É o que se almeja para o futuro.

As reações às políticas de ajuste monetário recessivas dos órgãos internacionais que aumentaram a pobreza e a precarização do trabalho na América Latina nos legaram um resgate da cidadania e um novo constitucionalismo latino-americano durante a primeira década do século XXI. E um passar breve de olhos sobre a situação dos países do sul, na comunidade europeia depois das políticas de austeridade do pós-crise de 2008, indica um impulso constituinte por parte significativa da sociedade, bem como uma vontade de retornar o poder aos seus titulares, sendo expressivo que no momento pandêmico, sob orientação oposta à de 2012, o direito do trabalho espanhol esteja sendo reconfigurado, com a superação, pelo novo governo, das políticas laborais de austeridade, com a adoção de novas regulações e instituição de novos direitos, inclusive para trabalhadores em aplicativos.

²⁶ Consoante se observa com o voto vencido apresentado por Fernando Valdés Dal-Ré perante o pleno do Tribunal Constitucional. Disponível em: hj.tribunalconstitucional.es. Acesso em: 16 fev. 2015.

²⁷ Ver SARRION ESTEVE, Joaquín. *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2013.

²⁸ No campo do direito de greve, as decisões tomadas em 2007 pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo, nos casos *Viking* e *Laval*, são representativas de que os ditames hermenêuticos que corporificam uma globalização excludente e uma integração econômica que dá primazia à livre circulação de mercadorias estão presentes em todas as instâncias de decisão. Como observa Sarrión Esteve no caso *Laval*, “la aproximación que realiza el Tribunal de Justicia al conflicto parece decantarse por la prevalencia de las libertades económicas y en concreto respecto a la libre prestación de servicios frente al derecho de adopción de acciones colectivas. [...] no encontramos una suficiente sustentación de la resolución de la ponderación por parte del Tribunal, el derecho fundamental a la acción colectiva o sólo es un derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos internacionales, y un principio general del Derecho comunitario sino que también está reconocido como tal en la Constitución sueca [...]” (SARRION ESTEVE, Joaquín. *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2013, p. 92)

Diante dos processos de desconstitucionalização das garantias sociais e de erosão da dimensão substancial da democracia na Europa, juristas democráticos refletem sobre os destinos do projeto constitucional garantista, que do plano das reflexões teóricas se traslada como uma exigência axiológica para o campo da política e da reconstrução democrática.²⁹

Com uma perspectiva de reconstrução dos direitos sociais, superando mitos construídos e acalentados pelo *mainstream* político-jurídico que moldam uma percepção desqualificada dos direitos sociais,³⁰ Gerardo Pisarello propõe “melhores garantias e mais democracia”: afinal, se o garantismo não assegura a fruição dos direitos por si só,³¹ cumpre a tarefa de articular um discurso crítico que desbloqueie formas de poder arbitrário. E a perspectiva deliberativa conduz ao processo de aprofundamento democrático, no qual os sujeitos vulneráveis assumam as tarefas de conquista e defesa para além das mediações institucionais³².

Uma reconstrução *democrática, participativa e multinível* dos direitos sociais deve estar assentada na crítica das perspectivas dogmáticas, teóricas, históricas e axiológicas

²⁹ Ver FARRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madri: Trotta, 2014, p. 128, para quem de modelo teórico o garantismo se apresenta como projeto político para o futuro diante da crise atual da democracia constitucional.

³⁰ Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 14-16. São quatro teses que acabam por desqualificar os direitos sociais, nos planos da história dos direitos (tese das gerações), da filosofia do direito (somente de modo indireto estariam os direitos sociais ligados à ideia de dignidade da pessoa humana), da teoria do direito (a diferenciação estrutural dos direitos sociais dificulta sua tutela) e no plano da dogmática jurídica (os direitos não seriam exigíveis, nem fundamentais). Trata-se de uma perspectiva coerente com os pressupostos de uma teoria crítica que recusa uma visão mecanicista, linear e evolucionista da história, que acaba por desarmar os sujeitos pela apatia e despolitização e que busca construir uma leitura “descontínua, em lugar de linear; conflitiva, em lugar de harmônica; aberta, em lugar de determinista” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 138, tradução livre).

³¹ Como observa PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales en el constitucionalismo democrático. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 92, maio/ago 1998. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/92/art/art7.htm>. Acesso em: 28 dez. 2014: “Sería un inútil acto de vanidad o de ceguera, pensar que la vigencia real de los derechos sociales dependa exclusiva o principalmente de la cultura jurídica. Sin embargo, hoy más que nunca es necesaria una aproximación pragmática, crítica y proyectiva a los ordenamientos jurídicos, capaz de superar los modelos avalorativos y formales pretendidos por Kelsen o Weber y de dar batalla a las concepciones restrictivas de los derechos fundamentales y la democracia. Sólo por esa vía, creo, es posible aspirar a que el derecho se convierta en una respuesta eficaz a ciertos signos de barbarie que hoy proliferan, y llegue a encarnar, en suma, otra de las tantas voces de la solidaridad en estos tiempos.”

³² Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 16-18.

tradicionais explicativas dos direitos³³. Segundo proposta de Gerardo Pisarello, a reconstrução envolve três aspectos, sendo *unitária, complexa e participativa*.

A assunção do caráter poliédrico dos direitos, com o reconhecimento da interdependência e da indivisibilidade dos direitos sociais, políticos e civis, possibilita uma *perspectiva unitária*, tanto do ponto de vista estrutural, quanto axiológico, com equivalência dos instrumentos de proteção e aperfeiçoamento estrutural das garantias. As tutelas de garantia dos direitos sociais não podem ser diversas, menores ou menos eficazes para lhes assegurar que são dirigidas para a proteção dos direitos políticos e civis. Todos são exigíveis, plenamente.

A multiplicidade das arenas e de instâncias para a garantia dos direitos sociais, sem o reducionismo de pensar em exigibilidade dos direitos somente em termos de judiciabilidade, prossegue Gerardo Pisarello, demonstra uma *reconstrução complexa* com uma rede de proteção para os direitos, tanto em termos de escalas, quanto de sujeitos: “a defesa do caráter multi-institucional de tutela dos direitos sociais deveria conduzir para a defesa de um sistema multinível de garantias,” seja por razões de eficácia, quanto de democracia³⁴. Observe-se que os sindicatos, as greves, os conselhos municipais, os legislativos estaduais, as organizações internacionais, as organizações não governamentais, as superintendências regionais do trabalho são exemplos de sujeitos e arenas dessa rede ampliada e multinível que não se reduz aos tradicionais instrumentos de garantias de direitos sociais como podem ser o judiciário trabalhista e o ministério público.

Por fim, a reconstrução repousa no pressuposto de que os sujeitos titulares dos direitos atuam na tutela dos direitos que conquistam e defendem. É nesse sentido que o autor propõe um olhar menos institucional e mais participativo, que transcenda as mediações jurídico-institucionais³⁵. A conexão com as abordagens críticas no campo dos direitos humanos é evidente.³⁶

Na atual quadra institucional brasileira, diante do estado de coisas inconstitucional (em diversas esferas) que se abateu sobre nós, com erosão democrática, desconstru-

³³ Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 111.

³⁴ Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 112, tradução livre.

³⁵ Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 112.

³⁶ “Uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre dois pilares: o reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o empoderamento dos grupos sociais mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito.” (HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.59.

ção de direitos, ampliação da pobreza, crescimento da violência política e antissindical, omissão institucional e consolidação de uma hegemonia jurídica não garantista, liberal e pró-mercado, uma reconstrução possível só ocorrerá a partir da sociedade civil e da atuação dos movimentos sociais. No campo dos direitos sociais laborais, faltam garantias e instituições capazes de assegurar os direitos fundamentais de todos que trabalham e de todos que dependem de sua força de trabalho para sobreviver.

Em outros âmbitos dos direitos sociais, como o direito do consumidor, a situação não é muito diversa.

2 SÃO OS DIREITOS DO CONSUMIDOR EFICAZMENTE PROTEGIDOS?

Os retrocessos dos direitos sociais estão diretamente relacionados às medidas de austeridade produzidas no bojo de políticas neoliberais. Nos tempos recentes, os retrocessos têm recebido também maior densidade em razão da disseminação de *fake news* e da pandemia. A sobreposição de falsas realidades cria espelhos múltiplos que refletem realidades distorcidas em detrimentos dos mais pobres e vulneráveis. Os retrocessos dos direitos sociais consumeristas podem ser observados sob diversas perspectivas ou face-tas, inclusive produção normativa ou tendência jurisprudencial. Assim, permanece viva a questão sobre se os direitos do consumidor têm sido protegidos.

A produção normativa e as decisões judiciais no Brasil oscilam entre marcos de proteção dos direitos do consumidor e marcos de desproteção e grave retrocesso de direitos sociais fundamentais, permitindo iniciar a compreensão sobre o papel das pseudoverdades projetadas sobre a realidade. Contudo, não projeta de imediato um sentido e, sim, abre inúmeras possibilidades descoladas da realidade, constitutivas do senso comum e reificadas no plano do senso comum teórico³⁷ na cultura jurídica, e, por consequência, nas decisões judiciais.

Vejamos algumas decisões que expressam esse descolamento do real.

No campo do direito à moradia e garantia do mínimo existencial para famílias endividadas, o caso exemplar é o acordão do TJSP Agravo de Instrumento n. 2121583-20.2020.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba³⁸. Trata-se de exemplo de nar-

³⁷ WARAT, Luís Alberto. *Mitos e Teoria na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 19.

³⁸ “Locação de bem imóvel. Ação de despejo por falta de pagamento. Revogação da suspensão da ordem de despejo. Liminar concedida com fundamento no inc. IX, §1º, do art. 59 da lei de locações. Requisitos autorizadores preenchidos. Situação de pandemia mundial em razão do contágio pelo COVID-19. Excepcionalidade de tratamento não aplicável à agravante. Inadimplemento dos aluguéis e encargos

rativa das decisões judiciais em detrimento dos vulneráveis, quando em pleno tempo de pandemia e ao arrepio de legislação protetiva das famílias endividadas, recebe reação tanto do Poder executivo com veto³⁹ da lei sobre suspensão de despejos⁴⁰ (posteriormente derrubado pelo Legislativo, sem contudo resultar em efetiva tutela em razão do prazo de vigência da Lei n. 14.010, de 10/06/2020); quanto do Tribunal, ao não reconhecer o agravamento da vulnerabilidade em tempos de pandemia, hipótese que pode ser observada no Acórdão Despejo na Pandemia.⁴¹

O crédito consignado tem sido a matéria com o maior número de decisões que, de forma oscilante, deixam de garantir os direitos do consumidor. Observe-se o voto vencido do ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.451, julgada em 8 de fevereiro de 2021, de relatoria da ministra Cármen Lúcia. A ação apresentada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.699 da Paraíba⁴², de 3.6.2020, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.⁴³

anteriores à decretação da quarentena. Pretensão de retomada para uso próprio do locador e de sua família. Projeto de Lei n. 1.179/2020, que veda o cumprimento da liminar para desocupação de imóvel urbano em demandas de despejo propostas a partir de 20.3.2020, ainda que se transforme em lei que a todos obrigue, não se aplica ao caso, porque a presente ação foi distribuída em 7.2.2020. Recurso não provido.” (TJSP Agravo de Instrumento n. 2121583-20.2020.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante SOLANGE MASSAE MASSUDA, agravado MAURICIO FONTES CALANCA. Relator CESAR LACERDA. Julgamento. São Paulo, 23 de junho de 2020)

³⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm.

⁴⁰ Projeto de Lei n. 1.179, de 2020, que “dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”.

⁴¹ Agravo de Instrumento n. 0067761-82.2019.8.19.0000. Relator Luiz Fernando de Andrade Pinto, Vigésima Quinta Câmara Cível, julgado em 18-12-2019.

⁴² Lei n. 11.699, de 3.6.2020, do Estado da Paraíba “Art. 1º Ficam suspensas as cobranças, por instituições financeiras, de todos os empréstimos consignados contraídos por servidores públicos civis, militares, aposentados, inativos e pensionistas do Estado da Paraíba, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data da publicação desta lei. §1º Caso o estado de calamidade pública perdure por período superior ao estabelecido no *caput* deste artigo, o prazo de suspensão dos empréstimos consignados, disposto nessa lei, será prorrogado automaticamente até o fim da vigência do estado de calamidade estadual. §2º As parcelas que ficarem em aberto durante este período deverão ser acrescidas ao final do contrato, sem a incidência de juros ou multas. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

⁴³ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. LEI N. 11.699/2020 DA PARAÍBA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS DE SERVIDORES PÚBLICOS DURANTE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVIRUS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR PRIVATIVAMENTE SOBRE DIREITO CIVIL E POLÍTICA CREDITÍCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

Importante desde já registrar nesse caso-referência o voto vencido⁴⁴ que fundamenta a constitucionalidade da Lei n. 11.699, de 3 de junho de 2020, considerando a competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal, considerando complementar a legislação estadual em relação ao microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

Recentemente, no âmbito do superendividamento, a nova Lei 14.181/2021⁴⁵, no sentido da prevenção e tratamento do superendividamento, após longa tramitação desde 2012, alcança o patamar de atualização do microsistema de tutela do consumidor, resultado de expressiva luta da sociedade civil e corajosa prática jurídica de tribunais nacionais com exemplar aplicação do CDC. Contudo, encontra já no nascedouro os obstáculos da política pública protetiva do mercado neoliberal com veto presidencial ao Art. 54-E, que se refere à capacidade de consignação, para evitar o superendividamento do consumidor e garantir a preservação do mínimo existencial. Nossa interpretação é no sentido de que, apesar do veto, na concessão de crédito, é necessário manter a limitação do crédito consignado em 30%⁴⁶, sem prejuízo da garantia do direito à moradia.

⁴⁴ “[...] A Constituição Federal, no tocante à proteção e à defesa do consumidor, estabelece competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal. Cabe àquela editar normas gerais, e, a estes, legislar de forma supletiva ou complementar (art. 24, §§1º e 2º, da CF). 5. A Lei 7.202/2016 do Estado do Rio de Janeiro não substitui a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), mas a complementa, com o objetivo de ampliar a proteção dos consumidores fluminenses em aspectos peculiares a exigências locais, conforme faculta a Constituição Federal. Teor do voto vencido do Ministro Marco Aurelio. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.451 DISTRITO FEDERAL Julgada em 8/02/2021. Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA Ajuizada por Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.699 da Paraíba, de 3.6.2020.

Este Supremo Tribunal também concluiu, em 20.11.2020, o julgamento em ambiente virtual da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.495 (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski), declarando-se inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro na qual se autorizava ao Poder Executivo a suspensão do desconto de mensalidades de empréstimos consignados.

6 [...] Com a edição do diploma, buscou-se potencializar, no âmbito local, mecanismo de tutela da dignidade dos consumidores, na dicção do artigo 2º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, considerada a pandemia covid-19. Atendida a razoabilidade, surge constitucional legislação estadual a versar a suspensão, pelo prazo de 120 dias, da cobrança de empréstimo consignado contratado por servidor público, ante a competência concorrente das unidades federativas para legislar sobre proteção do consumidor – artigo 24, incisos V e VIII, da Carta da República. Julgo improcedente o pedido.”

⁴⁵ LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

⁴⁶ Essa interpretação, inclusive, foi objeto de Enunciado N. 6 de nossa autoria proposto na Jornada I CDEA sobre superendividamento e Proteção do Consumidor, realizada na UFRGS em 17 de agosto de 2021.

Outro veto no mesmo texto normativo que denota o duelo mantido para a preservação da lógica do mercado neoliberal pode ser observado nos caminhos e descaminhos da proteção do consumidor vulnerável e na imediata restrição das proteções normativas ou mesmo jurisprudenciais com as imediatas normas ou decisões judiciais restritivas em boa parte traduzidas em Súmulas do STJ. Dois exemplos claros dizem respeito à sujeição das Instituições bancárias e financeiras ao Código de Defesa do Consumidor com o julgamento da ADI 2591, em 2006, e a Súmula 297⁴⁷.

Em matéria de crédito imobiliário, a “resposta” do mercado veio sob a forma incisiva, acelerando a tramitação legislativa da Medida Provisória n. 656/2014, que inclusive redefine o sistema do Registro de Imóveis. O objetivo é a mais completa reversão da clara aplicação da Lei 14.181/21 ao crédito imobiliário e às dívidas com garantias reais.⁴⁸ Não obstante, entendo no sentido do que estabelece o Enunciado 1. “Os dispostos nos Artigos 54-A até 54-D da Lei 14.181/21 sobre a prevenção do superendividamento do consumidor se aplicam ao crédito imobiliário e dívidas com garantias reais”⁴⁹.

Muitos direitos do consumidor são protegidos mediante matérias sumuladas, porém em momento seguinte a disputa dos interesses e a hegemonia do mercado são refletidas em decisões do STJ inviabilizando sua aplicação mediante regras de exceção que desprotegem o consumidor.

Ainda no tocante aos contratos bancários e à utilização de escore de crédito, sem o controle do microsistema, o caso-referência da Súmula 550 do STJ pode ser considerado paradigmático de decisão que não protege os consumidores e reforça o poder econômico.⁵⁰ **Em decisões judiciais sobre a matéria**, são frequentes as fundamentações descabidas e injuriosas como a afirmação “idoso não é sinônimo de tolo”⁵¹, desqualifi-

⁴⁷ Súmula 297 Órgão Julgador SEGUNDA SEÇÃO Data da Decisão 12/05/2004 Fonte DJ DATA:09/09/2004 PG:00149 RSSTJ VOL.:00023 PG:00243 RSTJ VOL.:00185 PG:00666 Ementa O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

⁴⁸ Ver o artigo “‘Home Equity’ e a bolha imobiliária à brasileira”, de autoria de MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães; MARQUES, Claudia Lima. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-13/garantias-consumo-home-equity-bolha-imobiliaria-brasileira>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁴⁹ Enunciado 1, aprovado na Jornada I CDEA sobre superendividamento e Proteção do Consumidor, realizado na UFRGS em 17 de agosto de 2021, de autoria do Professor Doutor Fernando Martins e da Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira.

⁵⁰ Súmula 550-STJ: A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados nos respectivos cálculos. 2ª Seção. Aprovada em 14/10/2015, Dje 19/10/2015.

⁵¹ STJ, REsp 1358057/PR, Terceira Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. em 22/05/2018, Dje 2/06/2018).

cando de forma gratuita os princípios constitucionais abraçados pelo Código de Defesa do Consumidor e também pelo outro microsistema de proteção dos idosos hipervulneráveis, o Estatuto do Idoso, instituído pela LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.⁵²

⁵² Tais concepções limitadoras dos direitos do consumidor e do idoso em situação de hipervulnerabilidade podem ser observadas nas decisões proferidas nos seguintes julgados: Apelação Cível (digital) Processo nº 1000505-79.2021.8.26.0311 Comarca: Vara Única - Junqueirópolis Apelante: [...] (Justiça Gratuita) Apelada: Banco BMG S/A Voto nº 22.818 Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. repetição de indébito. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Contratação de cartão de crédito prevendo a possibilidade da retenção de valores diretamente do benefício previdenciário. Ausência de abusividade. Descontos devidos. Cobrança a título de Margem de Reserva Consignável (RMC), devidamente autorizada. Cláusula válida. Juros e descontos da margem consignável para cartão de crédito dentro da limitação legal prevista na Instrução Normativa INSS nº 28/2008. Inserção de rubricas além das de juros remuneratórios e IOF. Inserção indevida. Repetição simples, a se apurar em liquidação. Dano moral. Inocorrência. Mero aborrecimento. Sentença reformada em parte. Sucumbência preponderante da autora. Inteligência do artigo 86, parágrafo único, do CPC. Recurso provido em parte. Decisão Apelantes: [...] Apelado: Banco Bradesco S.A. Comarca: Osasco (8ª Vara Cível) Juiz(a): Mariana Horta Greenhalgh VOTO N.º 43.843 Apelação Cível - Alienação Fiduciária. Pedido fundado em suposto superendividamento não tem cabimento em processo em curso, uma vez que deve ser proposta uma ação autônoma – Não se há de forçar o credor a celebrar acordo com a parte devedora, tampouco obrigá-lo a receber quantia inferior à devida ou de maneira diversa daquela prevista no contrato – Embora lamentável, situação financeira desfavorável não é motivo para permitir que o devedor deixe de arcar com suas obrigações – Ausente quantidade relevante de pagamentos, não se há de falar em adimplemento substancial – Cópia de tela de aplicativo de mensagem, no qual, supostamente, um preposto do banco teria afirmado que não haveria nenhuma pendência, seja porque não se trata de um canal oficial de comunicação com a instituição credora, seja porque o próprio devedor reconhece que sabia que havia inadimplência – A purga da mora pode ser realizada até a data da expedição de auto de arrematação, sendo desnecessária qualquer autorização judicial – Desprovido o recurso, de majorar-se o valor dos honorários. Recurso desprovido, com observações Decisão Recurso Inominado Cível nº 0001614-90.2020.8.16.0075 Juizado Especial Cível de Cornélio Procópio [...] RECURSO INOMINADO. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS. DIVERSOS DESCONTOS EM CONTA CORRENTE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O recorrente pugna pela indenização por danos morais após a determinação da sentença de que a ré deve se limitar a descontar 35% dos proventos dos autos a título de empréstimo. Não há devolução da matéria atinente à limitação, suspensa pelo Tema 1085/STJ. 2. Da análise dos autos, não vislumbro conduta abusiva da reclamada apta a gerar danos morais. Primeiro porque não havia, enquanto praticados os descontos, obrigatoriedade da reclamada de observar o limitador legal de 30% aplicável aos empréstimos consignados, cuja matéria, repita-se, está suspensa atualmente pelo Tema 1085/STJ. A prática da reclamada era, então, legítima. Havendo contrato de cartão de crédito na modalidade consignada (mov. 40.5), caberia à reclamada observar a limitação de 5% prevista pelo art. 1º, §1º, da Lei 13.172/2015, mas não há, no caso dos autos, relato autoral de extrapolação do limitador específico. 3. Partindo de tal premissa, não há como atribuir à instituição financeira as consequências sofridas pelo autor. Estas foram, em verdade, acarretadas pelo seu superendividamento voluntário. 4. Ademais, o comprometimento quase que integral da renda não pode ser fundamento para a indenização por danos morais. Isso porque, não sendo compulsório o desconto, permanece à disposição da parte autora outros meios de preservar sua subsistência. Nas palavras do Ministro Antônio Carlos Ferreira no julgamento do REsp 1586910, que trata sobre o tema: “No Brasil, cumpre ressaltar que, à mingua de novas disposições legais específicas, há procedimento,

Não obstante, na perspectiva segundo a qual deve ser observado o movimento de conquista e garantia dos direitos, já anteriormente referido⁵³, a interpretação crítica do direito tem também estado presente nos tribunais. No âmbito da pesquisa realizada, registro os acórdãos que reconhecem a necessária preservação do mínimo existencial dos idosos hipervulneráveis em atenção ao “Princípio constitucional da dignidade (art. 1º, inciso III, CF/88)” e à “Boa fé objetiva nas relações de consumo que impõe conduta de lealdade e cooperação com o hipossuficiente”.⁵⁴

Refletir sobre os direitos sociais e suas garantias à luz do reconhecimento dos direitos pelos Tribunais implica, em primeiro, observar o jogo conjuntural político do qual o campo jurídico faz parte. Implica reconhecer a teia de processos contínuos de desqualificação dos direitos dos vulneráveis com falsas justificativas da segurança jurídica e uso da lei como estratégia de demover as garantias de efetividade de direitos sociais fundamentais. Em uma síntese, observar a incidência e os efeitos do *lawfare* no campo do direito do consumidor hipervulnerável.

3 OBSERVAÇÕES FINAIS

Como observado nos campos do direito do trabalho e do consumidor, a atuação das instituições do sistema de justiça para a preservação de direitos humanos tem sido insuficiente e deixa a cidadania a desejar. Entendemos que a legitimidade do Poder Judiciário está relacionada com sua capacidade de concretizar e garantir direitos para as pessoas humanas. Espera-se que as instituições

sean capaces, por un lado, de retirarse y actuar con deferencia frente a aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplían el ámbito de vigencia de los

já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento – do qual podem lançar mão os próprios devedores –, que é o da insolvência civil, e que, na vigência do CPC/2015, permanece disciplinada pelo Código Buzaid (vide art. 1.052 do novel Diploma)”. Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido. Ante o exposto na ementa, o voto é pelo desprovidimento do recurso.

⁵³ Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 112.

⁵⁴ Registro o seguinte acórdão exemplar, de relatoria da desembargadora Cristina Tereza Gaulia (ESTADO DO RIO DE JANEIRO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 5ª CÂMARA CÍVEL Agravo de instrumento n.º 0051495-35.2010.8.19.0000 [...]). “Verbas de natureza alimentar que são impenhoráveis. Inteligência do art. 649 IV CPC. Lei do empréstimo consignado que aponta que os descontos e as retenções financeiras relativos aos titulares de aposentadoria e pensão não poderão ultrapassar o limite de 30% (trinta por cento) do valor dos benefícios. Precedentes jurisprudenciais. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557 CPC”.

*derechos civiles, políticos y sociales, y, por otro, de involucrarse y de ser activos frente a aquellas que, por el contrario, restrinjan de manera ilegítima su alcance normativo.*⁵⁵

No âmbito dos direitos sociais trabalhistas e consumeristas, a atuação jurisdiccional não tem sido deferente em matéria de garantias, sendo insuficiente para assegurar os direitos humanos e as conquistas constitucionais dos movimentos sociais de defesa dos direitos dos consumidores e dos movimentos em defesa das pessoas trabalhadoras e excluídos. Não obstante, ainda que os tribunais por si só não garantam os direitos sociais – e sozinhos não garantem –, isto não significa dar as costas para as instâncias judiciais e para a luta por direitos no campo institucional. Significa, porém, compreender que, para que as instituições do sistema de justiça se voltem à garantia de direitos, há que observar uma atuação articulada entre arenas extraestatais e estatais, com destaque para as demandas e ações que emergem do campo da sociedade civil, dos movimentos sindicais e sociais, da comunidade acadêmica e dos juristas comprometidos com a democracia, articulando, em múltiplas dimensões, tutelas, garantias e esferas de atuação, modos para assegurar direitos vilipendiados e restaurar um estado social e democrático de direitos. E para isto é preciso contar com mentes e braços militantes, qualificados e potentes, como os da professora homenageada, que não esmorece diante da constatação de que a manutenção e a fruição de direitos estão fortemente limitadas em países sucumbidos ao autoritarismo e que, mesmo assim, se dedica à luta pela democracia, pela redução das desigualdades e por direitos para todas as pessoas humanas. São mulheres e homens que lutam pela conquista e manutenção de direitos, intrínsecos a qualquer projeto civilizatório de sociedade, são pessoas que exercem a virtude cívica de defesa dos direitos existentes e de reconquista dos direitos suprimidos e das leis sociais reformadas nesta quadra de austeridade e conservadorismo que devem ser homenageadas, pois são elas que contribuem para que as instituições do sistema de justiça possam retomar o rumo da garantia de direitos e atuar para desmercantilizar a vida e a existência.

REFERÊNCIAS

BAYLOS GRAU, Antonio. La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la ley 3/2012. In: BAYLOS GRAU, Antonio (Org.). *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Bomarzo, 2012. p. 11-26.

⁵⁵ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 122.

BAYLOS GRAU, Antonio (Org.). *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. Albacete: Bomarzo, 2012.

BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, 1977.

CAPELLA, Juan R. *Os Cidadãos Servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *Os três poderes e a democracia no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002. p. 493-555.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social: Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2004.

CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; SILVA; Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Políticas de Austeridade no Brasil contemporâneo: retrocessos laborais e consumeristas (2017-2019). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, ano 28, v. 126, p. 17-50. nov./dez. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madri: Trotta, 2014.

HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos Juizes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais*. Curitiba: Juruá, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HORN, Carlos Henrique. Apresentação ao livro. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Sociales en el constitucionalismo democrático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 92, maio/ago 1998. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/92/art/art7.htm>. Acesso em: 28 dez. 2014.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madri: Trotta, 2011.

PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes, caminos para la ruptura democrática*. Madri: Trotta, 2014.

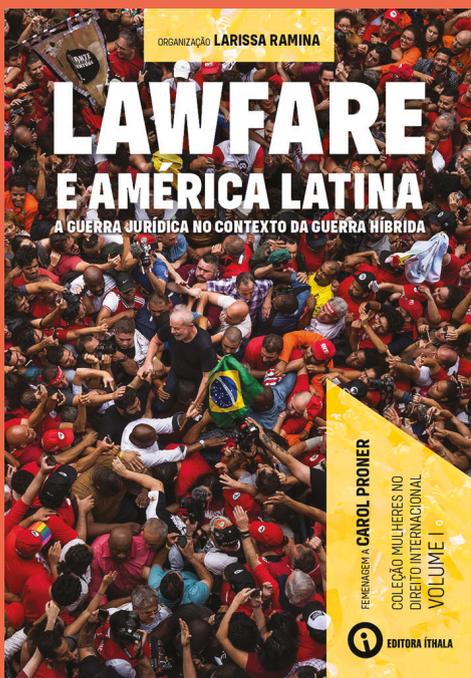
REVISTA DE DERECHO SOCIAL. *Cuestionamientos de la reforma laboral del 2012*, Albacete: Bomarzo, v. 66, p. 7-12, abr./jun. 2014.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen. Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y Período de Prueba. *Revista de Derecho Social*, Albacete: Bomarzo, n. 64, p. 119-144, out./dez. 2013.

SARRION ESTEVE, Joaquín. *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2013.

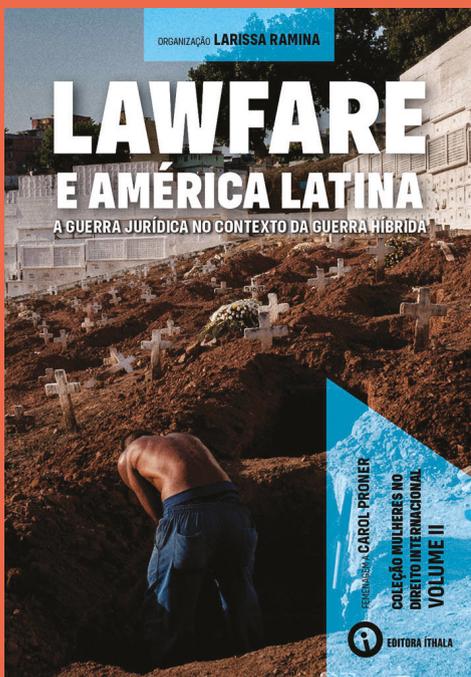
SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA; Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. A mercantilização da vida, as desproteções do trabalho e o crédito consignado: Os arranjos normativos recentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, ano 25, v. 106, p. 411-444, jul./ago. 2016.



A “Coleção Mulheres no Direito Internacional” inspira-se no desejo de ‘femenagear’ mulheres que se destacam na área do direito internacional, das relações internacionais e das áreas afins. Quanto mais iniciativas afeitas à temática geral da mulher e das mulheres cientistas tomem conta dos ambientes progressistas da sociedade, mais condições reuniremos para uma mudança concreta na triste realidade da desigualdade de gênero, incompatível com o processo civilizatório.

Nesse sentido, o uso da linguagem também é fundamental, e a escolha da palavra ‘femenagem’ foi feita propositada e convictamente. Como as palavras nascem, desenvolvem-se e ressignificam-se, novos vocábulos são agregados à língua portuguesa, portanto entender o modo como ocorrem os fenômenos que criam as palavras é também descobrir os mecanismos que movem a sociedade através da comunicação. É preciso se apoderar do discurso, subverter a linguagem e centralizar as mulheres. É preciso, portanto, ‘femenagear’ essas mulheres incríveis que se conscientizam de suas capacidades e potencialidades e, portanto, de seu próprio poder.





Grupo INTER



INSTITUTO
**JOAQUÍN
HERRERA
FLORES**

ISBN 978-65-995278-3-8



9 786599 527838



ithala.com.br