

VIII CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

LAWFARE E ATIVISMO JUDICIAL EM PAUTA: UM ESTUDO TEÓRICO DOS FENÔMENOS ACOMPANHADO DE JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988.

LAWFARE AND JUDICIAL ACTIVISM IN DISCUSSION: A THEORETICAL STUDY ABOUT THESE EVENTS FOLLOWED BY BRAZIL'S SUPREME COURT'S JUDGMENTS POST 1988 CONSTITUTION.

**Gabriel Garcia Ribeiro
Thiago Allisson Cardoso De Jesus ¹**

Resumo

O mundo jurídico passou por intensas transformações ao longo das últimas décadas, como a ressignificação da Constituição em alguns países no período pós-guerra, e, com essa, vieram decorrentes ampliações do poder judiciário almejando a cristalização da democracia e a garantia da segurança jurídica. No entanto, as atuações duvidosas dessa esfera fizeram com que pesquisadores analisassem criticamente os efeitos desses fenômenos no âmbito do Direito; e o presente trabalho tem o intuito de traçar um breve estudo investigativo em dois deles: o lawfare e ativismo judicial, buscando compreender o modo pelo qual ambos foram transportados do plano internacional para as atividades jurisdicionais do Brasil no contexto de pós-Constituição de 1988. Para isso, utilizou-se a metodologia bibliográfica exploratória a fim de identificar as suas fundamentações, características e aproximações dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo ainda acompanhada da avaliação de dois julgados do Supremo Tribunal Federal, apontados como clássicos exemplos das duas situações.

Palavras-chave: Lawfare, Ativismo judicial, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The legal community passed through intense transformations over the past decades, such as the redefinition of the Constitution in some countries in the post-war period, and with it, the juridical sphere expanded its power, aiming to solidify democracy and to ensure the legal security. Nonetheless, dubious operations of this sphere have led researchers to critically analyze the effects of these events in the law scope; and this paper aims to trace a brief investigative study on two of them: lawfare and judicial activism, in the attempt to understand the way in which both were transferred from the international level to Brazil's jurisdictional activities, in the post 1988 Constitution period. Therefore, an exploratory bibliographic methodology was used, in order to identify their foundations, characteristics and similarities within the national legal system, followed by an analysis of two judgments from the Supreme Court, which are classics examples of both the events.

¹ Orientador

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lawfare, Activism judicial, Constitution

INTRODUÇÃO

Discutir o fenômeno do lawfare e do ativismo judicial sem haver uma preocupação com o corte temporal seria aportar numa discussão genérica e pouco consistente ao universo jurídico. Em verdade, ambos episódios se tornaram pauta de pesquisas ao redor do mundo no período pós-Segunda Guerra Mundial, e no Brasil ocorreu especialmente no contexto pós-1988, em que a Constituição da República Federativa do Brasil (ou CRFB) abraçava o entendimento de que era um momento de se repensar sobre direitos fundamentais e constitucionalismo democrático. O grande problema, no entanto, restaria no desleixo dos Estados em reconhecer qual seria a participação e a consequente limitação da atuação do Judiciário nessas questões. Problema esse que motiva debates dos quais o Brasil, infelizmente, não ficou de fora.

Lawfare não se configura como um fenômeno recente, mas tem pouco, ou ao menos não o devido, reconhecimento pelos acadêmicos e pela população em geral. O termo se trata de um neologismo, formado pela junção das palavras inglesas “law” (de modo genérico, traduzido como “Direito”) e “warfare” (traduzido como “guerra”), já mencionado desde o século passado. Porém, fora melhor definido e difundido aos estudiosos da área através dos esclarecimentos, em 2001, pelo então major-general das Forças Aéreas dos Estados Unidos, Charles J. Dunlap, como “a estratégia do uso, ou do abuso, da lei como um substituto dos meios tradicionais militares a fim de se alcançar objetivos operacionais” (2008), em tradução livre. O ativismo judicial, por sua vez, apresenta um maior reconhecimento entre os acadêmicos, em especial por ser um episódio muito antigo (principalmente quando analisada a realidade norte-americana). Trata-se de um termo de difícil conceituação, pelo fato de lhe atribuírem diversas interpretações, mas de forma sucinta, assume-se o entendimento de Lenio Streck (2013), pelo qual o problema surgiria quando a “Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mal’”.

O objetivo de tal pesquisa, portanto, versa sobre a análise fundamentada dos dois cenários, tanto em um plano teórico, com uma seção destinada às maiores distinções entre eles, e outra às razões de sua aproximação, quanto em uma esfera prática, com a análise de casos do Supremo Tribunal Federal (nossa Corte) quanto às questões, além das conclusões finais. O intuito é sempre o de tornar amplo o espaço de discussão, a fim de que um maior público tome conhecimento da gravidade destas.

A PARTICULARIZAÇÃO DOS FENÔMENOS

Os efeitos destrutivos da Segunda Guerra Mundial foram perceptíveis às nações no século passado. No entanto, os prejuízos financeiros e sociais não foram a única consequência que a guerra trouxe à tona; em verdade, ela consolidou, e ainda o faz até hoje, o fato de que se os Estados apresentassem interesses a serem alcançados, deveriam realizar isso através de outras ferramentas. O fim desse traumático período representou não só o intenso desejo pelo fortalecimento de um constitucionalismo democrático dentro dos países – com respeito à divisão de poderes, submissão ao princípio da legalidade e reafirmação de direitos fundamentais –, mas também pela busca de alternativas à satisfazerem seus interesses no plano internacional. Raciocínio esse auxiliado pelos entendimentos do jurista Luigi Ferrajoli, ao analisar a supressão da soberania interna acompanhada pelo deslanche da soberania externa, conceitos trabalhados em sua obra:

[...] o Estado nacional e liberal-democrático que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em princípio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei (nos moldes do estado liberal de direito) e, em seguida, na representação e na participação popular (nos moldes da democracia representativa), liberta-se definitivamente, nas relações externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico. Os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. O estado de direito, internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se auto legitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo “incivil”, a soberania externa (FERRAJOLI, 2002, p. 34-35).

O Lawfare se fortalece nesse contexto. Surge a partir do interesse do Estado em alcançar interesses políticos, geopolíticos e econômicos sem ferir, ao menos em um nível superficial, os princípios democráticos apregoados de sua Constituição. Para isso, realiza uma adaptação de técnicas militares pelo respaldo na própria legislação; as ferramentas do Direito são utilizadas para mascarar uma verdadeira perseguição de um indivíduo ou entidade, que passa a ser visto como um inimigo público, de modo que tais interesses sejam alcançados. E como demonstra Ferrajoli em sua obra, o Direito não consegue se sustentar em um ambiente no qual existam soberanos acima da lei.

Os resultados desse fenômeno muito se debruçam sobre os mais diversos casos internacionais, como é o caso do Talibã e os Estados Unidos, exemplificado na obra de Kittrie (2016). No entanto, o fenômeno que apresentaria um solo fértil no plano externo (pela ausência dos freios jurídicos), também consegue se transplantar a um âmbito interno, aonde os princípios constitucionais e direitos fundamentais pátrios serão notadamente violados. Ocorre, assim, um processo de redimensionamento, pelo qual o Brasil também está inserido, com uma roupagem, claro, adequada à sua recepção, que não foge do referido conceito de utilização do aparato legal

para perseguir inimigos políticos, tal como melhor tratado na obra-referência no Brasil, “Lawfare: uma introdução”, de autoria de parte do corpo de advogados do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva: “Nessa acepção o termo se projeta rapidamente na América Latina e é assimilado com grande força nos léxicos jurídico e político, em um contexto de proliferação de grandes operações de ‘combate’ à corrupção” (2019).

O ativismo judicial, por sua vez, constitui outro fenômeno que, apesar de ser algo comum na realidade norte-americana, tomou força no final do século XX; no Brasil, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988, a qual trouxe o avanço democrático, reprimindo a figura do soberano autoritário que era a ditadura, e trazendo uma clara separação de poderes e o fortalecimento de princípios democráticos. Tal documento (e suas posteriores emendas), ao tratar acerca do Judiciário, consolidou seus poderes capazes de intervir, quando necessário, nos dispositivos normativos quando há uma evidente violação constitucional.

O problema, entretanto, reside no saber quando se faz realmente necessário, ou até mesmo, quando tal atuação extrapola este necessário. O Judiciário, em especial o STF, pode terminar se inserindo num protagonismo, inflado pela crença de que é o ator responsável por garantir a concatenação de direitos, fazendo isso, no entanto, muitas vezes guiado pela sua perspectiva (subjéctiva), ou até seguindo a vontade maior da população, ao que não está obrigado, uma vez que o Direito não deve seguir aquilo que o povo está desejando em um momento (as decisões do Supremo podem ser contramajoritárias). Assim como afirmado pela anterior citação de Streck, pode se dar em cenários bons, com avanços de direitos, ou ruins (se for um retrocesso, não haveria outro órgão a qual recorrer); ambos, no entanto ainda representam um atropelo às proclamadas distinções entre os poderes e ao pacto democrático, como detalhado pelo jurista francês Antoine Garapon, na obra de Clarissa Tassinari:

Assim, logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, ‘nada mais pode escapar ao controle do juiz’, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: a) por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; b) por um desmoronamento do conceito de democracia, no sentido de que ‘o homem democrático’ desaparece; e c) pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos (TASSINARI, 2013).

Aqui, percebe-se uma possível diferenciação no trato que é dado ao fenômeno do ativismo, que não está voltado a um caso isolado, de perseguição política, mas como os interesses subjéctivos, capazes também de abarcar os políticos, podem interferir em toda uma conjuntura. Seus efeitos mais preocupantes podem ser observados em Cortes constitucionais,

afinal limites seriam transgredidos de um documento que serve de parâmetro para todos os entes do Poder Público, podendo assim fazer sobre regramentos, como a mencionada separação de poderes, ou princípios decorrentes dessa e de todo o material constitucional.

Há, portanto, além de um esvaziamento de competência, um abandono de um fundamento jurídico que o permita agir de tal maneira. O espaço revela-se propício para decisionismos de ministros, que abusam do entendimento do que seja o Direito, afinal, assim como apontado por Lenio Streck, em sua obra “O que é isto – decido conforme minha consciência? ”, “é necessário lembrar [...] que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja” (2013). A Corte pode até decidir em favor de avanços de direitos, mas se essa não entende as fronteiras então estabelecidas pelo pacto democrático, questiona-se o que mais passaria despercebido.

A APROXIMAÇÃO ENTRE OS DOIS FENÔMENOS NO MUNDO JURÍDICO

O Lawfare e o ativismo judicial apresentam-se como fenômenos propriamente jurídicos. A gênese e as consequências danosas que estes apresentam são uma realidade que compõe o cenário do Judiciário em primeiro lugar. O ministro Luís Roberto Barroso, ao contrastar o ativismo judicial de um outro fenômeno, a judicialização da política, por exemplo, reconhece que esse versa de questões de moral e política que não são próprias à tal esfera de poder, mas sim a ela transferidas: “Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (2012), um entendimento que se estende ao longo de outras produções bibliográficas. O ativismo judicial e o lawfare tratam de problemas de competência originária dos juízes e tribunais, mas, ao final, contornadas por interesses particulares, especialmente em torno de desvios de limite de atuação, que podem estar acompanhados da obtenção de vantagens políticas e econômicas.

Indo além, quando analisados os efeitos práticos que ambos os fenômenos proporcionam, constata-se que há uma divergência doutrinária quanto a suas definições valorativas, isto é, em decidir se se tratam de eventos em sua essência positivos ou negativos, se aportam maiores benefícios ou malefícios ao ordenamento jurídico em questão. Orde Kittrie, ao dissecar as definições propostas por Dunlap em seu artigo, apresenta um valor neutro à definição, ponderando que o “lawfare não é algo, intrinsecamente, nem bom nem ruim, mas que pode, assim como as outras armas, ser ‘empunhado por cada lado de um conflito’ e utilizado

‘para propósitos bons ou maus, dependendo da lógica de quem o exerce’” (2016, p. 6), em uma tradução livre.

A definição de um evento como “bom” ou “maligno” é algo que não se infere de uma análise superficial e intuitiva, envolve diversos pontos de vista, que, ao final, muitas vezes não alcançam um consenso. Kittrie trabalha em seu livro com o conceito de neutralidade apresentado por Dunlap, o qual é adotado por uma parcela da literatura internacional. Em contraste, as contribuições bibliográficas nacionais, embora não sejam vastas como no exterior, ao reconhecer o redimensionamento do fenômeno ao plano interno, atribuem-lhe, no entanto, o devido caráter prejudicial, como é interpretado na obra, já referenciada, dos advogados do ex-presidente Lula:

Por isso, o manejo da violência do Direito como meio para impor a vontade a determinado inimigo é a própria negação do Direito e dos direitos, ou, em outro dizer, o uso do Direito como instrumento de guerra é uma radical contradição. Podemos afirmar, por conseguinte, que o lawfare traduz um completo esvaziamento do Direito e, nessa medida, não configura uma categoria neutra, que ora pode ser empregada para fins louváveis, ora para fins reprováveis. Lawfare, em nosso entender, sempre terá caráter negativo, um fenômeno que sepulta o Direito (ZANIN, ZANIN, VALIM, 2019).

O mesmo processo pode ser visualizado no estudo do ativismo judicial, com conceitos ou ambíguos, ou extensos, em determinar de fato se essa atuação do Judiciário é nociva ou benéfica, ao menos isso na literatura bibliográfica internacional, como o posicionamento duplo de Arthur Schlesinger (“patenteou” o termo na bibliografia norte-americana) ou as diversas significações que o fenômeno poderia apresentar, mas aproximadas de um viés negativo, de Edward McWhinney (consolidou o estudo da matéria nas academias), conforme esclarecimentos da dissertação de mestrado de Jorge Ferraz De Oliveira Junior (2014). Teóricos americanos, que estão em contato com a prática há séculos, divergem quanto à sua valoração. Em território nacional, entretanto, autores renomados sobre o assunto, como Elival da Silva Ramos, Lenio Streck e André Karam, “enxergam o ativismo judicial sob um viés negativo” (2014).

Por fim, uma última característica que os episódios guardam entre si é a sua relação com a Constituição de 1988. Primeiro, porque, de forma objetiva, desrespeitam dispositivos constitucionais, seja pela privação da liberdade sem um devido processo legal (inciso LIV, Art. 5º da CRFB), em caso de lawfare, ou pela violação da separação dos poderes (uma das cláusulas pétreas) em quadros de ativismo. Em seguida, porque ambos se fortaleceram no ordenamento pátrio após promulgação do documento, levada em consideração a já mencionada onda do constitucionalismo democrático, a qual contribuiu para um detalhamento dos dispositivos que

asseguram os direitos, e, conseqüentemente, permitem uma ampliação de atividades daqueles que serão responsáveis por resguardá-los por qualquer desrespeito ou omissão.

Criou-se um imaginário pelo qual o Judiciário, ou até a Suprema Corte, em certos casos, assume uma competência superior à ordinária; no lawfare, isso se manifesta pelo poder que os intérpretes assumem em deturpar a lei em favor de interesses políticos, legitimando a perseguição do “inimigo público”, utilizando-se quais sejam as ferramentas processuais necessárias para findar o perigo que esse supostamente estaria provocando; no ativismo judicial, entretanto, isso se manifesta pela crença dos intérpretes de que eles seriam os responsáveis por garantir os direitos, uma competência que, em verdade não é, ao menos inteiramente, sua. Tassinari, em sua obra, apresenta tal perspectiva, sob o ponto de vista do ativismo, afirmando que “acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade” (2013).

Em ressalva, engana-se, no entanto, quem associa tal ampliação de competência do poder do Supremo Tribunal Federal com o advento do controle de constitucionalidade, afinal esse não se dispõe em ultrapassar as atribuições de outros poderes, tratando de temas diversos; pelo contrário, o controle surge como atividade exclusiva pela qual se busca um adequado cumprimento do texto constitucional. Isso se desvirtua apenas quando juristas desconsideram seus expressos limites, assim como também elucidado por Tassinari.

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tornando claros os pontos de caracterização e de aproximação entre o ativismo judicial e o Lawfare, importa trazer uma outra abordagem mais concreta, direcionada à análise de duas matérias, que passaram por mais de um julgamento ou discussão, sendo então bastante conhecidas, que demonstram como o Supremo Tribunal Federal, o órgão Judiciário com a maior atribuição de poderes estabelecidos pelo documento constitucional, se encontra diante destes fenômenos.

Em abril de 2018, o STF concluía o julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752, que tratava da proteção preventiva contra a prisão em segunda instância do caso de investigação do ex-presidente Lula, dando improcedência ao pedido. No entanto, esse episódio não representou a primeira vez que a Corte debatera sobre o assunto. Um breve histórico mostra que há um entendimento bastante controverso ao longo dos anos de julgamentos do Plenário. Isto porque de 2009 a 2016, o entendimento por maioria dos ministros era de que não poderia haver a

condenação após esgotados os recursos de instância, em conformidade com o claro inciso LVII, do Art. 5º, da CRFB: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em fevereiro de 2016, entretanto, esse posicionamento se inverteu com o fato da Corte negar o Habeas Corpus (HC) de número 126292, alegando que a execução da pena condenatória não ofenderia o princípio da presunção de inocência estabelecido pela Constituição de 88 (confirmando isso com os ADC’s 43 e 44, do mesmo ano, que questionavam a constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal).

O que se busca no presente trabalho não é estabelecer teorias da conspiração, uma vez que o Direito não trabalha com suposições, nem afirmar que algum dos ministros agira por interesses políticos. Muito menos alegar uma obviedade quanto à matéria, pois envolve os mais diversos e complexos temas, como a, já mencionada, presunção de inocência, a celeridade nas ações condenatórias, o encarceramento em massa, a impossibilidade de reaver o tempo perdido por uma falsa condenação, dentre outros, que serviram de fundamentação do voto dos ministros. O que se questiona nesta seção é o fato de o STF se omitir frente a uma condenação que apresentava pouquíssimos fundamentos, baseada somente em fatos isolados, como: “delações premiadas” que nunca foram comprovadas; desvios de dinheiros que não foram devidamente associados; localidade incomum do processo (em Curitiba), com ainda um juiz que já apresentava um histórico de incentivar a população a perseguir inimigos públicos; e supostas acusações que acusavam de crimes diversos aos que estavam sendo originalmente investigados, os da operação Lava-Jato. Todos esses eventos “estranhos”, que questionam as garantias processuais, a segurança jurídica e até dispositivos constitucionais, passaram despercebidos aos olhos dos ministros, porém não aos dos debates, estudos e pesquisas, tanto em nível nacional quanto internacional, associando esse episódio a um clássico exemplo de Lawfare, no Brasil. Toda essa investigação ainda gera muitas dúvidas (e gerou também um novo entendimento, agora não mais admitindo a prisão em segunda instância pelo STF em 2019), e tais questionamentos culminaram no livro referência de estudo do tema no nível nacional: “Lawfare: uma introdução”, anteriormente supracitado.

Aprofundando o estudo no outro fenômeno, o STF, em fevereiro de 2006, julgou o Habeas Corpus (HC) 82959, impetrado em favor do réu que alegava a restrição ao princípio da individualização da pena (inciso XLVI, do Art. 5º, da CRFB) em razão da proibição da progressão de regime na lei de crimes hediondos, ou seja, uma incompatibilidade do artigo da lei com a Constituição de 88. A Corte reconheceu a veracidade da questão, porém, isso não configurou o problema, mas sim o fato de que, ao julgar a inconstitucionalidade de forma

difusa-incidental, atribui efeito *erga omnes* à sua decisão, quando, em regra, devia o realizar de modo *inter partes*, sendo, na verdade, responsabilidade do Senado Federal em afastar tal dispositivo, conforme dispõe o inciso X, Art. 52, da CRFB: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...]; X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Em texto da Reclamação Constitucional n. 4335/AC, de 2014, o assunto retornou a debate, em que o ministro Gilmar Mendes declarou que “fazia todo sentido uma releitura do artigo” (2014), como se houvesse ocorrido uma mutação constitucional; inferiu-se que o papel do Senado estaria apenas no tocante à publicação da decisão. Porém, mutações constitucionais não são declaradas, mas sim levadas em consideração ao tempo e realidade previstos, fato pelo qual o ministro tentou justificar, mas que foi questionado posteriormente por outros estudiosos, afinal configurou-se como um clássico exemplo de ativismo judicial, assim identificado por diversos autores, incluindo Clarissa Tassinari e Lenio Streck, citados nesse resumo. O que houve de fato foi a transgressão de uma competência pelo STF que não lhe era própria, mas que assim assumiu, aceitando o então imaginário de um poder superior. A decisão representa, em efeitos práticos, um avanço quanto a garantia de um direito mais benéfico, adotando um posicionamento progressista; o receio, contudo, surge na possibilidade de o cenário não ser tão favorável, caso seja tomada uma decisão que distorça a adequada aplicação do Direito, afinal, além desse, os estudiosos apontam diversos outros casos de ativismo, um cenário que parece não ter um limite.

Oportuno se faz mencionar que o objetivo do resumo não se faz em demonizar a atividade desenvolvida pelo Judiciário, ou em especial pelo STF, afinal se faz importantíssima ao acesso à justiça. Porém, isso não impede de questionar possíveis, e existentes, falhas; não se exigindo um trabalho perfeito, porém apenas a tentativa de chegar em algo próximo a isso. Por isso, o ministro Edson Fachin, citando um juiz norte-americano em um julgamento, tratou muito bem dessa visão em um dos julgamentos: “Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra” (2016).

CONCLUSÃO

Observado todos os fatores anteriormente mencionados, torna-se perceptível que os fenômenos do lawfare e do ativismo judicial existem e se fortalecem com cada vez mais força em solo pátrio. Diante disso, cabem algumas inferências que podem ser extraídas dessa análise.

A primeira diz respeito a questão de que o Brasil não se encontra, ou não apresenta ferramentas próprias para lidar com a situação. Assim como analisado o contexto histórico, percebeu-se que os dois cenários são amplamente discutidos em outros países, ou no plano internacional, dada a realidade característica das regiões, como o Estados Unidos, que enfrenta o ativismo há séculos, e que sempre enfrentou guerras e combates, logo estaria mais próximo dos fenômenos. No Brasil, houve o mencionado redimensionamento desses para se enquadrar na realidade, porém, isso não representou que o país estivesse preparado para os receber, encontrando-se agora diante de cenários dos quais não apresenta os instrumentos para o combate, ou até mesmo para reverter e amenizar as consequências.

Em sequência, faz-se referência ao fato de que ambos os quadros não são totalmente desconexos. Apesar de suas particularizações, carregam pontos que conseguem se aproximar, além de sua gênese no próprio órgão Judiciário, conseqüentemente, trazendo resultados negativos para o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre esses resultados, pode-se encontrar a relativização de direitos fundamentais, o desrespeito a dispositivos constitucionais, ferimento ao pacto democrático, a incerteza quanto a um trabalho justo e adequado do Judiciário e o falso entendimento pela população de como o Direito verdadeiramente opera, afinal ele não deve seguir opiniões ou subjetivismos.

Além disso, também é possível apontar que a literatura científica nacional dos assuntos é algo que vem tomando força especialmente nas duas últimas décadas, não sendo, portanto, um conteúdo pelo qual os profissionais e estudantes da área possam ter completo domínio, ou sequer o conhecimento. As consequências disso podem ser observadas no pouco esclarecimento dos eventos à população em geral, a qual pode banalizar os cenários, ou achar que não passam de meras formalidades e obrigаторiedades. Quando se discutiu o lawfare, observou-se que o fortalecimento da imagem do inimigo depende diretamente do apelo e aprovação do povo, a fim de que possam legitimar e, em consequência, não questionar quaisquer passos que o órgão julgador admita ser necessário.

Por fim, um dos cenários mais preocupantes seria a pouca mobilização do Supremo Tribunal Federal em reverter tais consequências. E esta inferência não possui o intuito de martirizar o trabalho dos profissionais, ou até generalizar tal fato a todos os ministros, mas sim apontar para a questão de que pouco tem sido discutido durante as sessões sobre a existência e a urgência de se combater os perceptíveis quadros de ativismo judicial e de lawfare na realidade jurídica do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**, UERJ, v. 2, n. 21, jan. /jun. 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 – Acre**. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. RECLTE.: Defensoria Pública Da União. PROC.: Defensor Público-Geral Federal. RECLDO.: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 11 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 – São Paulo**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. PACTE.: Marcio Rodrigues Dantas. IMPTE.: Maria Claudia De Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 31 jan. 2021.

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare today: a perspective. **Yale Journal of International Affairs**, 2008, p. 146. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3154/. Acesso em: 31 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 110 p.

KITTRIE, Orde. F. **Lawfare**: Law as a Weapon of War. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2016. 481 p.

OLIVEIRA Jr., Jorge Ferraz de. **ATIVISMO JUDICIAL (OU JURÍDICO), AUTOCONTENÇÃO E ÚLTIMA PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**: O que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o Ativismo judicial norte-americano e as Teorias do Diálogo. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014. Cap. 2. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/654>. Acesso em: 31 jan. 2021

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

ZANIN, C. M.; ZANIN, V. T. M.; VALIM, R. **Lawfare**: uma introdução. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.