

# LAWFARE: O USO ESTRATÉGICO DO DIREITO EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Lawfare: The strategic use of law in the face of judicial activism and the judicialization of politics

Recibido: 18 de enero de 2023  
Aceptado: 1.º de marzo de 2023

**André Bezerra Parmera**

Universidade Católica de Pernambuco / Universidade de Coimbra  
andre.parmara@gmail.com / andre.2021603 016@unicap.br

**Resumo.** O ativismo judicial se trata de um tema que tem sido muito discutido academicamente, sobretudo, acerca dos limites da competência do Poder Judiciário, ante os demais poderes da república, Legislativo e Executivo. Por outro lado, registra-se que, salvo melhor juízo, há uma escassez de literatura no que concerne à delimitação do *Lawfare* como um eventual tipo de ativismo judicial ou um fenômeno para além do mero ativismo judicial, com a respectiva diferenciação, pelo que se indaga: afinal, o *Lawfare* é uma das dimensões do ativismo judicial ou uma faceta da judicialização da política? O ativismo indica um alargamento dos poderes político-normativos do Tribunal, em prejuízo da abrangência do espaço de atuação de outros órgãos estatais, enquanto a política do *self-restraint* (autocontenção) evidencia uma diminuição do espaço judicial, de modo a abrir espaços decisórios para outros atores. O Poder Judiciário, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual teria como atribuição primária julgar os casos concretos que nele chegam, nos últimos anos passou a influir determinadamente na direção da política nacional, estando supostamente extrapolando as suas competências. A judicialização da política, embora caminhe junto ao ativismo, com ele não se confunde, ocorre uma transferência dos poderes decisórios da esfera política para a esfera judicial, considerando, por exemplo, que o STF, muitas vezes, é provocado para decidir sobre temas que deveriam ser decididos pelos demais poderes. Com efeito, a divisão de poderes, com freios e contrapesos, do pacto republicano sempre ensejará a discussão se determinado poder está se arvorando na seara de outros, o que é natural e compreensível, de tal sorte que essa análise deverá ser sempre mais amadurecida e aperfeiçoada, a fim de evitar conflitos

desnecessários e insegurança jurídica indesejada. A análise desenvolve-se através de um estudo bibliográfico, utilizando-se a metodologia descritiva, usando-se livros e artigos publicados acerca do assunto.

**Palavras-chave:** judicialização; ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

**Abstract.** Judicial activism is a topic that has been much discussed academically, especially regarding the limits of the competence of the Judiciary, before the other powers of the republic, Legislative and Executive. On the other hand, it is noted that, save for a better judgment, there is a scarcity of literature regarding the delimitation of Lawfare as a possible type of judicial activism or a phenomenon beyond mere judicial activism, with the respective differentiation, by which asks: after all, is Lawfare one of the dimensions of judicial activism or a facet of the judicialization of politics? Activism indicates an extension of the political-normative powers of the Court, to the detriment of the scope of action of other state bodies, while the policy of self-restraint (self-restraint) evidences a decrease in the judicial space, in order to open up decision-making spaces for other actors. The Judiciary, above all, the Federal Supreme Court (STF), which would have the primary attribution to judge the concrete cases that come to it, in recent years has come to influence decisively in the direction of national politics, supposedly going beyond its competences. The judicialization of politics, although it goes hand in hand with activism, is not confused with it, there is a transfer of decision-making powers from the political sphere to the judicial sphere, considering, for example, that the STF is often provoked to decide on issues that should be decided by the other powers. In effect, the division of powers, with checks and balances, of the republican pact will always give rise to the discussion whether a certain power is flying in the field of others, which is natural and understandable, in such a way that this analysis should always be more mature and improved in order to avoid unnecessary conflicts and unwanted legal uncertainty. The analysis is developed through a bibliographical study, using the descriptive methodology, using books and articles published on the subject.

**Keywords:** judicialization; judicial activism; Federal Court of Justice.

## Introdução

Em poucos momentos da história, o judiciário teve protagonismo tão evidente na política brasileira quanto na última década. Há quem arrisque afirmar que o brasileiro conhece o nome de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo em tempos de copa do mundo, mas não sabe dizer o nome dos jogadores da seleção brasileira de futebol, por tempos, um símbolo da paixão nacional pelo esporte.

Seja por conta da politização do judiciário, seja por conta da judicialização da política, o fato é que o Poder que, em tese, teria como atribuição primária, julgar os casos concretos que nele chegam, começou, nos últimos anos, a influir na direção, muitas vezes de forma determinante, da política nacional.

Além disso, muito se tem afirmado que o Poder Judiciário, sobretudo, o STF, estaria, em vários momentos, extrapolando as suas competências. Por conseguinte, estaria se revelando ativista, em demasia, ao interferir no funcionamento de outros poderes. Sugere-se, pois, que tenha o STF um comportamento mais autocontido, ao invés de ativista, a fim de não desequilibrar o pacto republicano.

Por outro lado, a interferência do Poder Judiciário sobre a cena política, todavia, não se restringe ao fenômeno chamado de ativismo judicial. Com efeito, sob outra perspectiva, há também, em paralelo, discussão pulsante a respeito da utilização do Direito como uma arma de guerra, denominada de *Lawfare*, relacionada à instrumentalização da Lei e do Sistema Judiciário em face de determinado inimigo, casuisticamente escolhido de acordo com determinados interesses políticos, bastante variáveis.

A título de exemplo, o próprio Papa Francisco, por ocasião de declaração realizada em 04 de junho de 2019, afirmou que o *Lawfare* é utilizado para minar processos políticos, bem como para propor violações sistemáticas aos direitos sociais, de modo que seria importante detectar e neutralizar a sua prática (Campos, 2012).

O fenômeno do *Lawfare*, portanto, também vem chamando bastante atenção de setores da sociedade, externos à comunidade jurídica. Com efeito, há quem defenda que o *Lawfare*, dentro de um contexto de um cenário de extremo acirramento político, o qual o Brasil tem testemunhado nos últimos anos, onde a tolerância mútua e a reserva institucional se esmaeceram, também pode vir a desvirtuar a própria finalidade do Direito, por meio de sua instrumentalização e de um Judiciário que extrapola as suas competências.

Revela-se oportuna, assim, uma análise da eventual relação entre o *Lawfare* e o ativismo judicial, considerando que determinados processos judiciais se tornaram definidores e protagonistas do rumo da política brasileira.

O ativismo judicial se trata de um tema que tem sido muito discutido academicamente, sobretudo acerca dos limites da competência do Poder Judiciário, ante os demais poderes da república, Legislativo e Executivo. Por outro lado, registra-se que, salvo melhor juízo, há uma escassez de literatura no que concerne à delimitação do *Lawfare* como um eventual tipo de ativismo judicial ou um fenômeno para além do mero ativismo judicial, com a respectiva diferenciação, pelo que se indaga: afinal, o *Lawfare* é uma das dimensões do ativismo judicial ou uma faceta da judicialização da política?

Para se responder a tal pergunta, serão estudadas, nas linhas vindouras, as instituições formais e informais que permitem o funcionamento adequado do regime democrático, tais como a reserva institucional e a tolerância mútua, sob uma perspectiva da ciência política.

Em seguida, será abordada a relação imbricada entre direito e política, mediante a análise da politização da justiça, da judicialização da política e do ativismo judicial. Posteriormente, diante das conceituações realizadas, será abordado o surgimento do debate e o conceito do *Lawfare* em face, sobretudo, da erosão dos regimes democráticos. Desse modo, ao final, se pretende responder ao questionamento que ensejou o presente estudo e que é o seu escopo.

## **Das instituições estabilizadoras: as grades de proteção da democracia**

As regras informais e não escritas têm grande importância em todos os aspectos da vida, desde a família, os negócios e as universidades, e com a política não é diferente. São socialmente compartilhadas e criadas, comunicadas e aplicadas, de forma alheia aos procedimentos regulares e formais de elaboração de normas (Helmke e Levitsky, 2004), influenciando também nos sistemas eleitorais, nas legislaturas, nas decisões judiciais e em outras instituições formais democráticas. Podem vir a servir, inclusive, para fortalecer as regras escritas (ordenamento jurídico) e a conduta do Poder Judiciário (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Na esfera política, assemelham-se a um código de conduta compartilhado, tacitamente, entre os *players* do cenário político, funcionando como proteção ao sistema democrático, de modo impedir que a competição política venha a se transformar em uma luta livre. Nesse contexto, duas normas informais se destacariam como fundamentais para uma democracia, as quais são, segundo Steven Levitsky: 1) tolerância mútua, e 2) reserva institucional (Levitsky e Ziblatt, 2018).

A tolerância mútua se referiria à aceitação de que, enquanto os atores políticos jogarem pelas regras institucionais, haverá a possibilidade de coexistirem e competirem pelo poder e pelo governo, sendo inclusive possível a divergência e a

competição. Porém, haverá o respeito recíproco como competidores em um bom combate (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Nesse sentido, relembra-se o discurso do republicano John McCain ao reconhecer a derrota para Barack Obama, na eleição americana de 2008 (O Economista, 2008), ocasião em que registrou que o seu adversário na eleição passaria a ser o seu presidente,<sup>1</sup> apesar das divergências mantidas entre si; e que, inclusive, o ajudaria em sua missão de governar os Estados Unidos da América.

Também pode ser citada a cordialidade, ao menos demonstrada publicamente, por Fernando Henrique Cardoso, ao constatar a possibilidade de vitória do partido adversário e de vir a repassar à presidência para Luiz Inácio *Lula* da Silva, em 2002 (Cantanhêde e Alencar, 2022).

Para além da disputa política, há no mencionado discurso de John McCain um evidente cunho de tolerância mútua entre os competidores da eleição de 2008, nos EUA, bem como, em 2002, no Brasil, durante a disputa de governo entre partidos rivais, bem diferente, aliás, do que se observou no atual cenário de transição entre dois governos que serão antagônicos.

Em suma, a tolerância mútua, importante instituição informal para um sistema democrático, seria a disposição dos políticos de concordarem em discordar, premissa a qual, à primeira vista, poderia se revelar uma mera obviedade.

Segundo Levitsky e Ziblatt, no entanto, a crença de que oponentes políticos não são inimigos seria uma invenção notável e sofisticada. Acredita o mesmo autor, também, que, quando as normas de tolerância mútua são frágeis, será difícil sustentar a democracia. Isso porque, se os competidores se virem como rivais terão muito a temer em caso de derrota, pelo que poderão vir a empregar todos os meios necessários para a vitória, inclusive medidas autoritárias (Levitsky e Ziblatt, 2018).

A segunda instituição informal, também bastante necessária à ordem democrática, seria a reserva institucional, que significaria a ação de limitar o uso de um direito legal. Em outras palavras, a reserva institucional compreendida como o ato de evitar ações que, embora, em tese ou aparentemente, respeitem a letra da lei, violem claramente o seu espírito (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Desse modo, quando as normas de reserva são robustas, políticos não utilizariam suas prerrogativas institucionais até o limite, mesmo que pudessem fazê-lo, pois poderia haver prejuízo ao sistema existente, ou seja, embora disputem para ganhar, os adversários precisam fazê-lo com um grau de comedimento considerável, a fim de tornar possível que a competição em questão – chamada sistema democrático – jamais sofra qualquer ruptura e/ou cisão (Levitsky e Ziblatt, 2018).

1 “Desejo boa sorte ao homem que foi meu oponente e será meu presidente” (em <https://www.oeconomista.com.br/discurso-do-candidato-john-mccain-apos-a-vitoria-de-obama/>)

Por outro lado, o oposto da reserva institucional seria a exploração de prerrogativas institucionais de maneira irrefreada e desproporcional, também denominada de jogo duro constitucional, que seria conceituado como jogar segundo as regras, mas levando-as aos seus limites, e jogando para valer. Seria uma forma de combate institucional cujo objetivo seria derrotar permanentemente os rivais partidários – e não se preocupar em saber se o jogo democrático se perpetuará (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Por possuírem uma relação estreita, a hipótese das instituições informais da tolerância mútua e da reserva institucional se tornaria enfraquecida, visto que políticos são mais propensos à moderação quando se aceitam uns aos outros como rivais legítimos. Porém, quando há a erosão da tolerância mútua, os políticos podem desdobrar seus poderes institucionais tão amplamente quanto possível sem serem punidos (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Quando partidos se veem como inimigos mortais, os interesses em jogo aumentam de maneira dramática, pois perder deixaria de ser uma parte rotineira e natural do processo político, tornando-se, ao revés, uma catástrofe total, situação a qual, em muito, se assemelha ao que foi recentemente visto no Brasil, no último processo eleitoral. Quando o custo de perder é suficientemente alto, políticos são tentados a abandonar a reserva institucional. Atos de jogo duro podem então dificultar ainda mais a tolerância mútua, reforçando a ideia de que os rivais representam uma perigosa ameaça (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Trazendo a discussão para um plano fático, recorda-se a afirmação de Donald Trump, em sua campanha presidencial de 2016, no sentido de que levaria a sua oponente à prisão, acaso se sagsasse vencedor, o que o tempo revelou se tratar de um mero arroubo retórico (Veja, 2016). Nesse ponto, ressalva-se, inclusive, que a fragilidade democrática, levada ao extremo pela rivalidade política desmedida, atinge tanto aqueles países centrais, quanto os ditos periféricos, como bem se observa na situação indicada.

A título de exemplo, também desse cenário, durante a pública e notória reunião ministerial ocorrida em 22/04/2020, divulgada em razão de menção de Sérgio Moro, o presidente Jair Messias Bolsonaro informara aos ministros presentes que, acaso seu espectro político, no qual seus ministros estão incluídos, perca a próxima eleição presidencial, como de fato veio a se concretizar, seria grande a chance de o próprio e de diversos integrantes do seu governo, na ocasião presentes, serem condenados criminalmente e serem presos, durante o mandato do próximo presidente (Folha de São Paulo, 2020).

Deve-se indagar, em relação a essa afirmação, por qual motivo o resultado de uma eleição presidencial poderia influenciar na condenação de alguns políticos integrantes do campo político, porventura, derrotado, considerando a necessária

independência entre os poderes republicanos, para além das proteções institucionais inerentes aos cargos ocupados, como a prerrogativa de foro.

Com efeito, depreende-se a informação implícita, por dedução lógica, que, após uma eventual derrota nas urnas, haveria uma maior vulnerabilidade dos atores políticos derrotados nas urnas, para serem subjugados perante o Judiciário.

A partir da hipótese de que essa premissa seria plausível, evidencia-se uma eventual interação informal mútua entre política e judiciário e vice-versa, os quais se influenciariam reciprocamente; bem como o esgarçamento da tolerância mútua e de eventual reserva institucional, que estaria, porventura, ensejando tais fraticidas batalhas judiciais.

Nesse ponto, pondera-se que Levitsky entende que eventual polarização é saudável, e até mesmo necessária, sobretudo quando os partidos estão separados apenas por profundas diferenças ideológicas. No entanto, quando as divergências são tão abissais que os partidos se vinculam a visões de mundo incompatíveis, e, sobretudo, quando seus membros jamais interagem entre si, as rivalidades dão lugar a percepções de ameaça mútua (Levitsky e Ziblatt, 2018).

Em suma, à medida que a tolerância se esvai, os políticos se veem seduzidos a abandonar a reserva institucional e tentar vencer a qualquer custo, o que pode vir a desestabilizar as instituições (Levitsky e Ziblatt, 2018). A questão é como se daria essa vitória, a qualquer custo, bem como de que forma seria operacionalizada essa batalha, fundada na ausência de tolerância mútua e na falta de reserva institucional.

## **Da relação entre política e direito: da politização da justiça**

A partir de um cenário de extremo acirramento político, observou-se, no Brasil, a inédita discussão ocorrida, nos últimos anos, e ainda após a eleição presidencial do ano de 2022, a respeito da interpretação (in)adequada do artigo 142<sup>o</sup> da Constituição Federal, tendo em vista que alguns renomados juristas defenderam a ideia de que as Forças Armadas, com fundamento no referido dispositivo legal, poderiam intervir nos Poderes da República, funcionando como se fosse um Poder Moderador (Martins, 2020).

Segundo alguns autores, a referida discussão seria uma hipótese de jogo duro constitucional, ou *constitucional hardball* (Corbo, 2020), mencionada por Mark Tushnet (2004), e evidenciaria o enfraquecimento da reserva institucional,

2 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988).

necessária, conforme o tópico acima, para o salutar desenvolvimento do regime democrático.

Com efeito, Wallace Corbo (2020), esclarece que o jogo duro constitucional seria, basicamente, uma estratégia utilizada por minorias políticas para forçar uma rediscussão de premissas basilares do ordenamento jurídico. Em outros termos, pretende-se discutir uma obviedade constitucional:

Nada mais óbvio e evidente ao ordenamento constitucional de 1988 do que a impossibilidade de intervenção militar sobre os Poderes da República. A própria gênese da Constituição é, afinal, uma negativa do regime que havia sido criado a partir de um golpe desse tipo. Mas é ao insistir no questionamento dessa obviedade constitucional, reiteradamente “batendo na tecla” do artigo 142, que estes agentes buscam normalizar suas posições constitucionalmente equivocadas, transformando-as, então, em teses jurídicas dignas de consideração (p. 1)

Ainda a respeito da indevida interpretação do referido dispositivo legal, salienta-se que, segundo Fabio Víctor (2022), nos momentos de crise institucional no país, sobretudo posteriores às ditas jornadas de 2013, os militares e setores conservadores da sociedade, assombrando a estabilidade democrática, vêm recorrendo a uma interpretação equivocada do artigo 142, já rechaçada pelo STF e pela Câmara dos Deputados, no sentido de que incumbiria às Forças Armadas pacificar conflitos entre os Três Poderes.

Contudo, não consta tal previsão na Constituição da República, tampouco na Lei Complementar que regulamenta o referido dispositivo (Víctor, 2022). Trata-se, portanto, mais de uma possível tentativa de fundamentar juridicamente, ao arripio da técnica jurídica, um eventual – e descabido – golpe de Estado do que, efetivamente, de uma discussão jurídica legítima e relevante.

Nesse particular, ressalta-se que a reinterpretação da lei, a fim de lhe atribuir um sentido totalmente diverso do original, pode ter como finalidade a sua utilização como uma arma que melhor se adequa aos objetivos preponderantes da disputa política (Bentes, Dos Anjos e Cavalcanti Filho, 2020), ponto de vista o qual será melhor abordado adiante.

Também a respeito do jogo duro constitucional, acrescenta-se a seguinte posição de Oscar Vieira (2018), sobre a repercussão da operação lava jato no cenário político brasileiro:

A operação lava jato, na qual prerrogativas institucionais dos agentes de aplicação da lei foram utilizadas de forma mais incisiva e contundente do que o convencional, *oferece exemplos de estocadas institucionais* ou “jogo duro”, *na linguagem de Mark Tushnet. Embora a validade de algumas dessas ações possa ser contestada, o fato de terem sido praticadas pela autoridade competente, e estarem submetidas ao controle de instâncias revisoras e serem acatadas, torna difícil que sejam simplesmente desqualificadas como extraconstitucionais.* O efeito desse tipo de conduta não

convencional foi desestabilizar as relações políticas nos termos em que vinham sendo praticadas (p. 51, grifos nossos).

Posteriormente, Vieira (2018) reflete sobre as condições necessárias à manutenção da democracia:

A sobrevivência de uma democracia constitucional depende de fatores econômicos, históricos e sociais. Da perspectiva política, está sujeita sobretudo à disposição de adversários e daqueles que operam as instituições criadas pela própria constituição em cooperar para a manutenção das regras de competição democrática, assim como compartilha-se em conformidade com as normas que estruturam o estado de direito. A expectativa de que o jogo não termine; de que a derrota eleitoral não eliminará os perdedores; de que os vitoriosos não utilizarão suas prerrogativas para impedir que haja alternância no poder; de que os que exercem o poder não eliminarão direitos de grupos vulneráveis ou aqueles direitos que constituem pressupostos da democracia; de que os poderes instituídos não irão se conduzir fora dos marcos da constituição; *de que a disputa política e institucional respeitará certas regras não escritas de tolerância e autocontenção são algumas das condições necessárias para que os agentes políticos e institucionais continuem cooperando na coordenação da vida política de uma determinada comunidade, a partir das regras e dos procedimentos estabelecidos na constituição* (pp. 65-66, grifos nossos).

Em outros termos, a aceitação e o respeito às regras do jogo por aqueles que dele fazem parte, é um requisito muito importante para a sua perpetuidade, ou seja, seria um *fair play* constitucional. O jogo duro constitucional, pois, seria justamente o oposto, quando interpretações jurídicas, notadamente impertinentes, bem como o abuso de prerrogativas institucionais, servem como instrumentos para desestabilizar e desequilibrar o jogo político legítimo, principalmente diante do enfraquecimento da reserva institucional.

Ademais, cumpre registrar que um dos indicadores que o Estado democrático de Direito funcione efetivamente é a existência de um Poder Judiciário independente, sem a obstrução ou intimação de outros agentes ou instituições estatais (Nóbrega, 2007).

Além da independência do Poder Judiciário para um Estado de Direito real e não apenas formal, também haveria de se mitigar a caracterização do *rule by law* (governo pela lei) em que o Estado de Direito existe apenas formalmente, mas não efetivamente (Nóbrega, 2007).

Com efeito, haveria o risco, nesse ponto, de, em determinadas situações, a lei ser usada de modo oportunístico como instrumento para garantir o interesse de determinados grupos. Em outros termos, a Lei produziria efeitos apenas para interesse de determinados grupos políticos, por meio de métodos extralegais e informais, os quais estariam subsumidos dentro da legalidade, alcançando, desse modo, o objetivo pretendido.

No entanto, no tocante à perspectiva do *rule by law*, relembra-se, ainda que em outras palavras, muito já se foi mencionado na literatura política e jurídica. É de conhecimento de todos a célebre frase atribuída ao filósofo italiano Nicolau Maquiavel: aos amigos os favores, aos inimigos a Lei. Seria, nesse sentido, porventura, um fenômeno de há muito observado e conhecido de quem acompanha o funcionamento do Poder Judiciário.

Em contraponto, a Constituição Federal de 1988, como é de conhecimento de todos, possui como um de seus direitos fundamentais mais importantes aquele que apregoa de que todos os cidadãos são iguais perante a Lei.<sup>3</sup>

Logo, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, descabe qualquer comportamento “maquiavélico”, em sua acepção negativa (nem sempre correta), por parte do Poder Judiciário, tendo em vista, inclusive, que também há vedação na Constituição Federal para a existência de qualquer ação, seja por Juízo ou Tribunal de exceção.

Para além da igualdade apregoada pela Carta Magna, contudo, é observada a existência de instituições informais que influenciam a atividade jurisdicional. Essa informalidade, por sua vez, não é de fácil investigação e caracterização, sobretudo tendo em vista o conceito vago de instituições informais que, não raro, se confunde com cultura e costume (Nóbrega, 2007).

Com efeito, há instituições informais que coexistem com instituições formais ineficazes ou enfraquecidas. Nesses casos, as regras e procedimentos formais não são sistematicamente cumpridos, o que permite aos atores ignorá-los ou violá-los. Portanto, a igualdade perante a lei se caracterizaria, em primeira análise, como uma instituição formal inefetiva, de acordo com a tipologia das instituições informais de Helmke e Levistky (2004).

Diante de tais pontos de vista, é possível se inferir a imbricada relação do direito com a política, na medida em que se há uma inequívoca influência da política sobre o direito, mediante o *rule by law*, ou seja, o governo pela lei e, até mesmo, do jogo duro constitucional ou *constitucional hardball*.

Já sob outra perspectiva, segundo Fabrício Castanha Lunardi (2020), a politização da justiça, exemplificada acima, também poderia ser verificada quando ministros da Suprema Corte, em razão de suas vertentes ideológicas ou partidárias: 1) decidem monocraticamente, por meio de liminares, em nome da Corte, mas não levam a questão a Plenário, de imediato, e 2) retiram de pauta determinado julgamento, mediante pedido de vista, a fim de aguardar um melhor momento político para o caso ser julgado, mesmo que já formada a maioria para a conclusão do julgamento (possibilidade recentemente alterada pela Emenda

3 Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (Brasil, 1988, grifos nossos).*

Regimental n.º 58/2022, que limitou o período de vista a noventa dias, ocasião em que há a liberação automática para julgamento pelo plenário).

Ademais, não se pode olvidar a possibilidade de o presidente da Corte controlar estrategicamente o *timing* ideal para levar determinado caso a julgamento, de acordo com os seus interesses políticos particulares. Em outras palavras, os ministros do Supremo Tribunal Federal teriam as ferramentas necessárias para implementar as suas próprias pautas e agendas políticas em evidente exercício da política dentro da mais alta corte do judiciário (Lunardi, 2020).

Ainda nesse sentido, oportuna é a leitura dos comentários de Lunardi (2020) a respeito da politização da justiça, o qual, com propriedade, salienta os riscos inerentes à transformação do judiciário em mais uma arena política:

Diante de incentivos irresistíveis para que o governo e as elites políticas intervenham no poder judicial, é preciso se atentar para os riscos da judicialização da política, a fim de que não se torne simples *politização da justiça* e o Judiciário não seja transformado em apenas uma arena política. A judicialização da política passou a ser uma realidade no Brasil, o que possui impactos significativos para o Estado de Direito e para a democracia. *Contudo, em diversas situações, quando contraria interesses do governo federal ou de elites políticas, o próprio papel do STF em aprimorar a ordem democrática passou a ser desafiado.* Desse modo, análises puramente normativas não conseguem dar respostas satisfatórias ao problema. *É preciso considerar a atuação da corte constitucional brasileira na política de forma mais global, internalizando problematizações além do paradigma jurídico, a fim de que seja analisado como os diversos players se comportam, como ocorre a atuação do STF frente a elites políticas e interesses governistas, quais os riscos e as dificuldades da Corte, quando enfrenta esses interesses, bem como quais são as respostas das instituições e dos atores políticos (p. 266, grifos nossos).*

Mais adiante, segundo Lunardi (2020) seria possível observar o seguinte:

O STF parece ter assumido o papel de um verdadeiro *player* dentro da arena política. Nesse aspecto, pode, inclusive, ter mudado os rumos políticos do país em 2016. Ao evidenciar a afeição de alguns ministros em relação a determinadas ideologias, partidos e políticos, a Corte brasileira parece ter contribuído para o aprofundamento da crise de governabilidade e para a instabilidade política do país. A desigualdade gerada pela maior ou menor potencialidade de influência de atores específicos no STF pode minar a própria razão democrática de atuação judicial em matéria política. Além disso, em tese pode corroer a própria expectativa de que o Tribunal Constitucional brasileiro seja o guardião da ordem constitucional, do Estado de Direito e de democracia. Mas não é só. Instrumentos formais de revisão judicial também foram desvirtuados para favorecer determinados atores. O instituto da repercussão geral, que deveria ser um filtro para que somente recursos extraordinários com matéria constitucional fossem admitidos pela corte, passou a ser um mecanismo utilizado para negar direitos constitucionais. A suspensão dos processos pelo reconhecimento

da repercussão geral tem gerado, na prática, a negativa de justiça àqueles que possuem o direito (p. 269).

O Poder Judiciário, portanto, por meio de seu órgão máximo, o STF, teria se tornado um verdadeiro *player* da arena política, segundo Lunardi (2020).

Em suma, a existência de influência da política sobre o Judiciário possui várias facetas e é uma realidade: desde tentativas de interpretação evidentemente equivocada de dispositivo constitucional, por minorias políticas; ao exercício contundente e incisivo de prerrogativas institucionais por parte de autoridades que estejam conduzindo processos com forte repercussão no cenário político e eleitoral; ao exercício de interesses políticos particulares por parte dos ministros da Suprema Corte, tendo em vista que possuem uma série de ferramentas processuais, tais como, a possibilidade de proferir decisões liminares monocráticas; ao direito discricionário de pedido de vista, recentemente limitado a noventa dias, e, até mesmo, a possibilidade de controle da importante pauta de julgamento da Suprema Corte por parte de seu presidente e dos presidentes das turmas.

Em contraponto, para além da questão da influência da política sobre o direito, também se deve destacar a influência do direito sobre a política, por meio da judicialização da política e do referido ativismo judicial, que são, inclusive, fenômenos distintos.

## **Da judicialização da política e do ativismo judicial**

A Constituição Brasileira de 1988, enquanto carta política, em razão da grande extensão dos direitos nela elencados, criou uma estrutura de incentivos sociopolíticos para a judicialização de conflitos. Diante do paradoxo de especificidade e imprecisão do texto constitucional, há grandes chances de que as políticas do governo, ao favorecer determinado segmento da sociedade, estejam, em paralelo, prejudicando outro (Lunardi, 2020).

Tal situação contraditória, face à extensão dos direitos previstos na Constituição, associado ao *design* institucional favorável, permite que os prejudicados busquem o judiciário, a fim de obter a revisão da ação ou da inação estatal, com fundamento em eventual violação à constituição (Lunardi, 2020).

Conforme posição de Christian Lynch e Paulo Henrique Cassimiro (2022), ao elucidar a crise política e o protagonismo do judiciário, a superação do hiato entre direito e política ensejou uma teoria constitucional eminentemente política, cujo fundamento seria a vontade soberana do constituinte.

O mesmo autor elucidou que, sendo as questões constitucionais, inexoravelmente políticas, caberia aos juízes constitucionais interpretar diretamente os princípios constitucionais, sobrepondo seus valores em face dos profissionais da política. Além disso, o referido cientista político ponderou que a necessidade de aplicação

dos princípios constitucionais permitiria ao juiz decidir dentro de um espectro considerável de discricionariedade (Lynch e Cassimiro, 2022), sendo, nesse contexto, de protagonismo do judiciário, que se pretende abordar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política.

Segundo Glauco Salomão Leite (2021), o ativismo indica um alargamento dos poderes político-normativos do Tribunal, em prejuízo da abrangência do espaço de atuação de outros órgãos estatais, enquanto a política do *self-restraint* (autocontenção) evidencia uma diminuição do espaço judicial, de modo a abrir espaços decisórios para outros atores.

Destaca ainda sobre o ativismo judicial, que tal conduta por parte do judiciário não está vinculada a uma postura necessariamente progressista ou conservadora, sendo, em verdade, um fenômeno complexo e multifacetado (Leite, 2021). Nesse sentido, pois, oportuna a verificação de qual o conceito encontrado por Campos (2012), a seu respeito:

Defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, *não necessariamente ilegítimo*, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (p. 335, grifos nossos).

O termo ativismo judicial foi, inicialmente, criado pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., por meio do seu artigo *The Supreme Court: 1947*. O seu ponto de vista, em linhas gerais, consistiu na ideia de que os juízes ativistas substituiriam a vontade do legislador, enquanto os juízes adeptos à autocontenção entenderiam que a Suprema Corte não deveria intervir no campo do político, agindo com deferência à vontade do legislador (Campos, 2012). Tal ideia inicial do ativismo judicial, aliás, enseja, até os dias atuais, a percepção de que qualquer ativismo judicial seria contrário e prejudicial às regras democráticas.

No que concerne à judicialização da política, Leite elucida que, embora caminhe junto ao ativismo, com ele não se confunde, isso porque, na judicialização da política ocorre uma transferência dos poderes decisórios da esfera política para a esfera judicial, considerando, por exemplo, que o STF, muitas vezes, é provocado para decidir sobre temas que deveriam ser decididos pelos demais poderes. O STF, então, é trazido diretamente para dentro da arena política (Leite, 2021).

Em suma, a judicialização potencializaria a participação do Poder Judiciário na formação de políticas majoritárias, enquanto o ativismo estaria mais associado à resposta judicial dada em face de determinada provocação, revelando, eventualmente, um expansionismo do poder judicial, que estaria indo além de suas atribuições ordinárias (Leite, 2021).

Ainda nesse mesmo sentido é a posição defendida por Luis Roberto Barroso (2020), quando afirma que há uma distinção importante entre judicialização e ativismo. Para o referido autor, em linguagem bastante acessível, a judicialização seria decorrente de o ordenamento jurídico facilitar bastante o acesso ao Poder Judiciário para discutir qualquer direito.

O ativismo judicial, a seu turno, seria uma atitude proativa e expansiva de atuação do Judiciário, de modo a produzir resultados não expressamente previstos na legislação ou na Constituição. O oposto do ativismo seria a autocontenção, isto é, uma atitude de deferência e de não interferência em áreas que estariam situadas no âmbito de atuação de outros poderes (Barroso, 2020).

Segundo Marcelo Semer (2021), a seu turno, a Doutrina ainda não teria delimitado com rigor o ativismo judicial e a judicialização da política, na medida em que ora trataria ambos como sinônimos, ora como expressões dissonantes.

Para tal autor, o ativismo, mediante o novo constitucionalismo, normatividade dos princípios e a hermenêutica que garantia eficácia à constituição, teria permitido ao Judiciário evitar os que direitos fundamentais previstos na constituição não fossem concretizados. Uma das funções judiciais, pois, seria a de impedir a desconstitucionalização de fato dos direitos, operada, sobretudo, pela omissão regulamentadora dos demais poderes (Semer, 2021).

Seguindo esse raciocínio, ao contrário do registrado por Leite (2021), o ativismo judicial teria como limite o cumprimento dos direitos fundamentais, o que ensejaria uma invasão judicial no espectro das políticas públicas, justamente para determinar a concretização de direitos consagrados constitucionalmente. Haveria, assim, uma direta influência da atuação judicial ativista na esfera do legislativo e do executivo (Semer, 2021).

Além do mais, o próprio Marcelo Semer pontua que o ativismo buscaria garantir os direitos fundamentais, ao passo que a judicialização apenas substituiria os executores da política (Semer, 2021).

Em paralelo, deve-se esclarecer, a partir de tal constatação, que o constituinte originário, por meio de múltiplas escolhas institucionais, concentrou bastantes poderes no âmbito de competência do STF (Vieira, 2018). Com efeito, a própria natureza ambiciosa da Constituição de 1988, ao transcender os temas propriamente constitucionais, regulamentou um vasto leque de relações civis, sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador.

Tal processo foi conhecido como a constitucionalização do direito, o qual ensejou um grande campo de tensão constitucional e, por consequência, uma explosão de litigiosidade constitucional. Em linhas gerais, poderia ser sintetizado da seguinte forma: se tudo seria matéria constitucional, o campo de discricionariedade atribuído ao corpo político para tomar decisões políticas relevantes teria

sido reduzido (Vieira, 2018), ao passo que, conforme já mencionado, os juízes constitucionais, ao decidirem sobre questões constitucionais, exerceriam escolhas políticas.

Em paralelo, a segunda escolha institucional que fortaleceu sobremaneira à esfera de atuação do STF foi a junção de competência que, em outras democracias, seriam compartilhadas por mais de uma instituição.

De fato, a Constituição Federal de 1988 concentrou as seguintes competências perante o STF: 1) a função de tribunal constitucional, ao julgar a (in)constitucionalidade das leis e atos normativos em sede de controle concentrado e abstrato; 2) a competência para ser tribunal revisor, mediante a realização do controle difuso e concreto de constitucionalidade, e, por último, 3) a missão de processar e julgar criminalmente as altas autoridades da república, por meio do foro especializado.

Essa última competência, inclusive, lhe confere uma enorme capacidade de influência sobre o Congresso Nacional e sobre o governo, o que potencializa o fenômeno, *a priori*, mencionado, da politização da justiça, ao invés tão somente do ativismo judicial ou da judicialização da política, mediante disputas judiciais de matérias que deveriam ser estritamente políticas.

Portanto, é mais do que evidente a extrema influência da judicialização da política e do ativismo judicial, cada um a seu modo, sob o cenário político, considerando que diversos assuntos que seriam intrinsecamente políticos são levados ao judiciário, em função do amplo acesso à justiça, permitida pela Constituição de 1988, bem como da postura responsiva e expansiva de órgãos judicantes, a partir de uma nova hermenêutica constitucional, na tentativa de, muitas vezes, tornar possível a concretização de direitos fundamentais elencados na CF/88.

## **Lawfare: a utilização do direito como uma arma de guerra**

Discute-se atualmente um fenômeno denominado de *Lawfare*, cujo neologismo tem origem na contração das palavras *Law* (direito) e *Warfare* (guerra). Seria, em linhas gerais, uma inusitada simbiose entre o Direito e a Guerra.

Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim (2019) sustentam a respeito de tal simbiose que o manejo da violência para impor a vontade a determinado inimigo seria a própria negação do direito, de modo que a utilização do direito, como instrumento de guerra, seria paradoxal. Consubstanciaria, em verdade, um esvaziamento do direito, pelo que não poderia ser classificado de forma neutra ou natural, tendo, sempre, um caráter reprovável.

A ocorrência de *Lawfare*, na prática, a partir da definição dos referidos autores, como o uso estratégico do direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo, não é possível de ser identificada, exclusivamente, a partir da apreciação, dentro da Dogmática Jurídica.

Isso porque, o ponto de vista interno do direito seria incapaz de expor a manipulação do direito operada pelo *Lawfare*. Com efeito, o que realmente importa para tal análise é o resultado prático e estratégico, para cujo atingimento teria sido realizado *Lawfare*, indistintamente, por meio de medidas legais ou ilegais (Martins, Martins e Valim, 2019).

Nessa mesma toada, Lenio Luiz Streck (2017) assevera que o *Lawfare* seria uma manifestação do relativismo moral do direito. O relativismo pressupõe algo que está certo ou errado apenas circunstancialmente, a depender dos interesses externos envolvidos.

O único critério que fundamentaria um juízo prático, para o relativista, sempre dependerá de convenções contingenciais. Nesse cenário, quando o magistrado ou um membro do Ministério Público estiverem praticando *Lawfare*, o cidadão jurisdicionado estaria à mercê, em verdade, de um jogo de poder, em razão do relativismo moral, ensejado pela premissa de inexistência de verdades absolutas (Streck, 2017).

Para Streck (2017), a questão fundamental a respeito do *Lawfare* seria no sentido de que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Quando a aplicação do Direito pelos Juízes e Tribunais é feita sem um método adequado de decidir, seria possível a utilização da jurisdição como uma arma política.

Em outros termos, quanto menos assertivo e mais abstrato o ordenamento jurídico, maior a discricionariedade do órgão estatal para praticar *Lawfare* em face de determinado cidadão, com alguma finalidade para além da disputa judicial e com interferência no cenário político. Em um cenário onde o Direito careceria de autonomia e que o relativismo consensual considera não haver verdades ou respostas corretas, quem perderia seria a democracia, na medida em que o direito é um importante sustentáculo da democracia (Streck, 2017).

Para Eduardo Nunes Campos (2020), por sua vez, *Lawfare* seria a ação combinada entre agentes do sistema de justiça e a mídia hegemônica, com o objetivo de desmoralizar e abater o inimigo e as suas ideias.

Com efeito, seria um conceito político, na medida em que revelaria o jogo das elites dominantes, internas e externas, com a finalidade de nocautear seus inimigos, de modo a impedir o avanço e a restauração de projetos de viés social, além de evidenciar a sinergia entre os agentes do sistema de justiça – ao manipular o ordenamento jurídico – e a mídia hegemônica, ao exercer, por sua vez, forte

influência sobre a opinião pública (Campos, 2020). Acerca da relação da mídia e do *Lawfare*, Eliara Santana (2020) se posiciona:

Refletir sobre as relações de poder e linguagem e a emergência de uma linguagem totalitária, que se alicerça em um bem estruturado sistema de propaganda e na tessitura estratégica e repleta de intencionalidades da narrativa, implica considerar o campo midiático (tomando, neste caso, a imprensa corporativa) como campo de ação social e lugar de organização globalizante das relações de poder, das relações de força, em que *a informação é um dispositivo discursivo que confere poder a quem o domina. Portanto, um campo que não se coloca ao lado ou apenas como suporte de eventos como a Operação Lava Jato ou processos como Lawfare – mas locus que também é um constitutivo desses processos. Sem a atuação do campo midiático, a Lava Jato seguramente não teria se consolidado como se consolidou. A propaganda dos movimentos totalitários, [...], ‘que precede a instauração dos regimes totalitários e os acompanha, é invariavelmente tão franca quanto mentirosa’. Essa linguagem totalitária materializou-se no Brasil e na experiência de uma aliança entre o sistema de justiça e a mídia tradicional, em que se vislumbrou enorme homogeneidade. A sintonia desses dois setores sociais assustou pelo seu teor uniforme de pensamento único, de consenso, de parcialidade para classificar certos segmentos sociais ao lado da ilegalidade, mesmo na ausência de quaisquer elementos mais significativos, enquanto outros foram qualificados no campo da legalidade, apesar dos ilícitos materiais* (p. 206, grifos nossos).

Os grandes veículos de comunicação, a partir de construções enunciativas que antecipam certos processos, “decidem” de alguma forma quem deve ser condenado. Evidencia-se, também, uma escalada de protecionismo classista, em que a classificação e gravidade dos crimes é, sobretudo, partidária, enquanto a narrativa midiática tenta produzir um consenso em face de um inimigo comum (Santana, 2020).

Em contraponto, imprescindível mencionar posição de Erica do Amaral Matos, a qual, a respeito das concepções do *Lawfare*, destaca que, em verdade, se trata de uma questão estrutural, na medida em que o próprio Direito e a persecução penal sempre teriam sido um exercício de manipulação estatal. Isso porque, sendo a sociedade dividida em classes, em que uns comandam e outras obedecem, as normas sempre seriam criadas em detrimento desses últimos, sendo o direito um instrumento disponível aos donos do poder (Matos, 2019).

Mais adiante, Matos (2019) conclui que o Direito é, ontologicamente, ideológico, assim como a sua aplicação. Logo, dependendo da sua interpretação e da intenção que lhe é dada, pode ser como finalidade tanto a consolidação do Estado Democrático de Direito, quanto o benefício de determinado grupo da sociedade, de modo que indaga, retoricamente, o que seria o Direito, afinal, senão o próprio sistema de justiça?

No entanto, a despeito da provocação de Matos (2019), no que se refere à impossibilidade de se distinguir direito de ideologia, elucida-se que imparcialidade,

como premissa de jurisdição, e a neutralidade não se confundem. Imparcialidade pressupõe equidistância entre as partes, a fim de que o julgador não se veja obrigado a julgar a favor – ou contra – determinado jurisdicionado. A imparcialidade seria consectário da independência do judiciário (Semer, 2021).

Não se pode conceber a imparcialidade como um pressuposto de uma suposta e inatingível neutralidade. A decisão é sempre um ato político, no sentido de que depende de escolhas, que, por seu turno, depende de premissas, conjunto de ideais e de experiência de vida por parte de quem o faz (Semer, 2021). Nesse sentido, Marilize da S. Bentes, Leonardo F. dos Anjos e Jorge Luiz M. Cavalcanti Filho (2020) bem resumem:

É sabido que toda decisão judicial é um ato do Estado, posto originar-se da vontade dos representantes de um dos poderes (ainda que não eleito) sendo imposta aos cidadãos. Logo, é ato político, no sentido simples de que é um ato que faz parte do governo da *polis*. A visão de um judiciário técnico e “neutro” é idealizada e artificial, pois não se atém ao fato de que os seus componentes são indivíduos passíveis, assim como qualquer outro membro do corpo social, de ideias e preconceitos oriundos do seu contexto familiar, religioso, social, econômico, além de sofrer a influência de manifestações culturais e midiáticas capazes de mover a opinião pública nas mais variadas direções (p. 279).

Logo, o juiz não é culpado por ter ideais, posições políticas ou expressar sua cidadania. A neutralidade, segundo Semer (2021), é, assim, um atributo que não se exige, nem se alcança. O mito da neutralidade serve, em verdade, para impulsionar a tutela ideológica, por meio de falsa distinção entre técnica e ideologia, que perpassa, há bastante tempo, o discurso conservador, o qual imputa ideologia a quem pensa diferente (Semer, 2021).

Como se observa, existem alguns pontos de vista a respeito do *Lawfare*, na medida em que há quem entenda que se trataria de um fenômeno intrínseco ao sistema de justiça, e, por conseguinte, mais próximo ao ativismo judicial, enquanto outros o enxergam como uma arma política.

A questão, contudo, é como se poderia realizar uma análise acurada a respeito. É certo que *Lawfare* – sob as perspectivas teórica e prática – impõe grandes dificuldades a começar pela pluralidade de conhecimento exigidos para compreendê-lo e identificá-lo (Martins, Martins e Valim, 2019).

No entanto, em primeira análise, concorda-se com a caracterização do *Lawfare*, tal como registrado por Martins, Martins e Valim (2019) ao citar Comaroff: 1) a escolha da jurisdição, também denominada de geografia; 2) a eleição da legislação incidente à hipótese, que seria o armamento utilizado em face do inimigo; 3) e, por fim, a utilização da mídia para influenciar a opinião pública em favor do objetivo que *Lawfare* pretende atingir, tal como mencionado, por exemplo, por

Sérgio Fernando Moro (2004), em seu artigo sobre a Operações Mãos Limpas, na Itália.

Sem a adesão da mídia e a espetacularização dos processos judiciais não se é possível manipular, com eficiência, a opinião pública a fim de pressionar o judiciário no sentido de proferir determinadas decisões judiciais ou convalidá-las. A atuação da mídia está intrinsecamente ligada ao uso estratégico do direito.

Com efeito, o interesse público é requisito essencial à utilização estratégica do direito como uma arma de guerra, em prol de uma política partidária. Não havendo grande clamor público em determinada discussão judicial, torna-se, naturalmente, mais difícil pressionar os órgãos jurisdicionais, com a finalidade de decidir de determinada maneira ou em determinado momento (*timing*), geralmente de suma importância para o jogo político. Em outros termos, a influência da opinião pública sobre o Poder Judiciário tem como desiderato, em primeira análise, suprimir a sua independência, ou, ao menos, tolhê-la.

Contudo, não se pode olvidar que a associação de parte da mídia junto à parte do Poder Judiciário é apenas um instrumento de política utilizado pelos verdadeiros donos do poder em prol dos seus interesses enquanto membros das elites dominantes, os quais não aparecem publicamente na cena política, mas, certamente, são quem mais nela interferem, exercendo forte influência sobre os seus rumos. Não à toa, aliás, que não se é fácil de exemplificar hipóteses de *Lawfare* em desfavor de atores políticos subservientes aos donos do poder.

Inclusive, além das características acima referidas por Martins, Martins e Valim (2019), ao citar Comaroff, acrescenta-se, aqui a própria marcha processual fora da curva, seja para ser mais veloz, seja para ser mais lenta que a média de duração esperada. Tal uso do tempo também poderia ser, em análise perfunctória, um indício de *Lawfare*, que, por seu turno, não foi mencionada pelos referidos autores, sendo certo, inclusive, que o uso do tempo estrategicamente também é uma característica do ativismo judicial e da politização da justiça.

Portanto, delimita-se o *Lawfare* como um fenômeno no qual o direito e o sistema de justiça são utilizados, em conjunto, como um instrumento político partidário para atingir e atacar um determinado inimigo, por meio de um específico e eficiente método, o qual se utiliza da escolha da jurisdição, da legislação a ser aplicável, bem como do interesse da opinião pública, mediante a influência de importantes veículos midiáticos, em desfavor do alvo da vez.

## Conclusão

O estudo explana, nas considerações até o momento sustentadas, que as grandes discussões a respeito do ativismo judicial e da judicialização da política se referem, em linhas gerais, acerca da possibilidade ou não, do Poder Judiciário, por

meio de suas discussões e decisões, interferir na competência de outros Poderes, tal como por exemplo, quando se diz que o Judiciário está “legislando”, primazia do legislativo, ou quando se critica a mera intervenção de Juízes em políticas públicas, cuja competência discricionária seria, *a priori*, do Poder Executivo, legitimamente eleito.

Com efeito, a divisão de poderes, com freios e contrapesos, do pacto republicano, sempre ensinará a discussão se determinado poder está se arvorando na seara de outros, o que é natural e compreensível, de tal sorte que essa análise deverá ser sempre mais amadurecida e aperfeiçoada, a fim de evitar conflitos desnecessários e insegurança jurídica indesejada. Nesse particular, inclusive, lembre-se que persiste, para muitos, a percepção de que qualquer ativismo judicial seria contrário - e prejudicial - às regras democráticas.

Contudo, é certo que, seja a partir de uma postura mais autocontida e deferente, ou através de uma postura mais responsiva e ativista, os membros do Poder Judiciário serão, em maior ou menor grau, atores do cenário político republicano, sobretudo se considerando a inalcançável neutralidade dos julgadores, e, sobretudo, que uma decisão judicial implica sempre uma escolha política.

À primeira vista, em havendo um maior ativismo judicial e uma maior judicialização de matérias estritamente políticas, serão atores com maior interferência e protagonismo. Em caso contrário, considerando um Poder Judiciário mais autocontido e deferente, seus membros e integrantes permanecerão ainda como atores políticos (sobretudo do Tribunal Constitucional), porém coadjuvantes.

Ressalve-se, inclusive, que uma postura ativista não necessariamente terá como finalidade uma maior tutela dos direitos fundamentais ou um viés mais progressista, haja vista, a título de exemplo, as decisões da Suprema Corte Americana, reputadas como ativistas, durante a denominada Era Lochner, contemporânea ao *New Deal*, que se notabilizou pela postura conservadora e ativista da Suprema Corte Americana.

Assim, sem fazer nenhum juízo de valor positivo ou negativo acerca do ativismo judicial ou da judicialização da política, destaca-se, novamente, que as zonas de limites recíprocos dos poderes republicanos é uma discussão natural do jogo democrático em si, mas não uma disputa estritamente político partidária.

Em outros termos, enquanto os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política estariam circunscritos dentro de discussões legítimas acerca dos freios e contrapesos do pacto republicano, a partir de uma análise de dentro das regras do jogo, o *Lawfare* tenderia, naturalmente, a desestabilizar o próprio pacto republicano, por meio de influência de instrumentos externos às regras do mesmo jogo, como, por exemplo, a influência e manipulação da opinião pública, por parte da grande mídia.

Nesse sentido, mesmo considerando o *Lawfare* como um fenômeno em que o Poder Judiciário também vai além de suas competências, o que seria uma zona cinzenta ou uma eventual coincidência entre o ativismo e a judicialização da política, o *Lawfare* não se confunde, em primeira análise, com uma dimensão do ativismo judicial ou uma faceta da judicialização da política.

Isso porque, o *Lawfare* seria uma utilização deturpada das regras do jogo, ou seja, um desvio de finalidade, a fim de desestabilizar o próprio sistema democrático em prol de específicos interesses políticos *partidários*, ao se aproveitar de um momento em que determinadas regras não escritas estão enfraquecidas e o sistema democrático carente de tolerância mútua e de reserva institucional.

O *Lawfare*, sob tal perspectiva, seria uma exteriorização e demonstração de quebra das regras tácitas do jogo democrático, tais como, a tolerância mútua e a reserva institucional. Em um sistema político no qual a tolerância mútua e a reserva institucional estejam em pleno funcionamento, sem uma exacerbação desmedida da polarização, isto é, quando adversários não se veem como inimigos, mas apenas como oponentes, não se há, a rigor, a necessidade, por parte dos donos do poder, de exercer tamanha inferência no jogo político, por meio de prática como o *Lawfare*.

Com efeito, nada obstante o *Lawfare* não se trate, a rigor, de uma das dimensões do ativismo judicial ou da judicialização da política, é bem verdade que poderia ser classificado como uma forma, inclusive, nefasta, de politização partidária da justiça, na medida em que o pressuposto da imparcialidade da justiça seria posto de lado com a finalidade de perseguir os ocasionais adversários dos donos do poder.

O *Lawfare*, sobretudo o seu método de simbiose na atuação enviesada do Poder Judiciário mediante um forte apoio da grande mídia, nada mais é do que uma forma de interferência dos donos do poder no jogo político democrático quando se está tomando rumos que não lhe são interessantes e que contrariam seus interesses diretos.

Não se confunde, todavia, com a ruptura institucional clara ou golpe político de estado, clássico, como, a título de exemplo, uma intervenção militar sem amparo jurídico, mas sim uma forma, legitimada pelo procedimento legal, de gerar instabilidade e de aumentar a esfera de influência das elites.

Enquanto no que se refere à judicialização da política e ao ativismo judicial, há discussão legítima a respeito dos limites do Poder Judiciário e de suas respectivas competências, a fim de aprimoramento do sistema de feios e contrapesos, no *Lawfare* se verifica um desvio de finalidade, revestido de legalidade, por meio de um eventual legítimo procedimento, em que há a instrumentalização do sistema de justiça com finalidade específica, eminentemente, político *partidária*, de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo, mediante uma manipulação

metódica, no qual se escolhe o campo de batalha (jurisdição), as regras do jogo (legislação aplicável) e utilização do poder da mídia (influência externa).

Sem pretender exaurir a presente discussão, é certo que a utilização do Direito e do Sistema de Justiça como armas para perseguir e prejudicar determinados cidadãos, com determinada e evidente finalidade político partidária, os quais, ao final e ao cabo, deveriam organizar a força e resolver conflitos, com igualdade, não permite classificar como uma simples extrapolação de competência, mediante ativismo judicial ou judicialização da política.

## Referências

- Barroso, L. R. (2020). *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real.
- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)
- Bentes, M. S., Dos Anjos, L. F., e Cavalcanti Filho, J. L. M. (2020). Lawfare como instrumento de dominação e ameaça às instituições democráticas brasileiras. Em M. L. A. M. Feitosa, G. Citadino e L. Lizieiro (Orgs.), *Lawfare: O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki.
- Campos, C. A. A. (2012). *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012 (Dissertação de Mestrado em Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro). <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9555>
- Campos, E. N. (2020). Diálogo com o conceito de Lawfare. Em M. L. A. M. Feitosa, G. Citadino e L. Lizieiro (Orgs.), *Lawfare: O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki.
- Cantanhêde, E., e Alencar, K. (2022, outubro). FHC dá apoio a Serra, mas faz acenos a Lula. *Folha de São Paulo*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fco610200211.htm>
- Corbo, W. (2020, junho). O jogo duro do artigo 142: obviedades constitucionais e esforços de ruptura. *Jota*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jogo-duro-do-artigo-142-obviedades-constitucionais-e-esforcos-de-ruptura-06062020>
- Folha de São Paulo (2020, maio). Leia a íntegra das falas de Bolsonaro e ministros em reunião ministerial gravada. *Folha de São Paulo*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/leia-a-integra-das-falas-de-bolsonaro-e-ministros-em-reuniao-ministerial-gravada.shtml>
- Helmke, G., e Levitsky, S. (2004). Informal institutions and comparative politics: a research agenda. *Perspectives on Politics*, 2(4), 725-740.
- Leite, G. S. (2021). *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.
- Levitsky, S., e Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar.
- Lunardi, F. C. (2020). O STF na política e a política no STF. *IDP – linhas pesquisa acadêmica*. São Paulo: Saraiva.
- Lynch, C., e Cassimiro, P. H. (2022). *O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo*. São Paulo: Contracorrente.
- Martins, C. Z., Martins, V. T. Z., e Valim, R. (2019). *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente.

- Martins, I. G. S. (2020, maio). Cabe às forças armadas moderar os conflitos entre os Poderes. *Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>
- Matos, E. A. (2019). Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 27(161), 227-248. Disponível em [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/137365/lawfare\\_introducao\\_tema\\_matos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/137365/lawfare_introducao_tema_matos.pdf)
- Moro, S. F. (2004). Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ. Brasília*, 8(26), 56-62.
- Nóbrega, F. F. B. (2007). *Entre o Brasil formal e o Brasil real: ministério público no Brasil, instituição para o fortalecimento do estado?* (Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Recife, Universidade Federal de Pernambuco). <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/1906>
- O Economista (2008, novembro, 5). Discurso do candidato John McCain, após a vitória de Obama. *O Economista*. Disponível em <https://www.oeconomista.com.br/discurso-do-candidato-john-mccain-apos-a-vitoria-de-obama/>
- Santana, E. (2020). Mídia, Lawfare e Encenação: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil. Em M. L. A. M. Feitosa, G. Citadino e L. Lizieiro (Orgs.), *Lawfare: O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki.
- Semer, M. (2021). *Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil*. São Paulo. Contracorrente.
- Streck, L. L. (2017). Lawfare. Em G. Alves, M. Gonçalves, M. L. Quaresma Tonelli e W. Ramos Filho (Coords.), *Enciclopédia do golpe* (Vol. 1: pp. 119-126). Bauru: Canal 6. Disponível em [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181026043346/Enciclopedia\\_vol\\_1.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181026043346/Enciclopedia_vol_1.pdf)
- Tushnet, M. (2004). Constitutional Hardball, *J. Marshall L. Rev.*, 37(523). Disponível em <https://repository.law.uic.edu/lawreview/vol37/iss2/7/>
- Veja (2016, outubro). Trump diz que Hillary ameaça a segurança dos EUA. *Veja*. Disponível em <https://veja.abril.com.br/mundo/trump-diz-que-hillary-ameaca-a-seguranca-dos-eua>
- Victor, F. (2022). *Poder Camuflado: Os militares e a política, do fim da ditadura à aliança com Bolsonaro*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Vieira, O. V. (2018). *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras.