

A DIFERENCIAÇÃO DA AÇÃO DO JUIZ NO *LAWFARE* E NO ATIVISMO JUDICIAL

THE DISTINCTIVENESS OF ACTION OF THE JUDGE INTO THE THE *LAWFARE* AND AT JUDICIAL ACTIVISM

Luã dos Santos Carneiro¹
Deo Campos Dutra²
Deo Pimenta Dutra³

RESUMO

O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política sempre estiveram entre os assuntos mais debatidos no direito constitucional, hodiernamente, visto a semelhança entre estes instrumentos, o *Lawfare* foi adicionado a este debate. A atuação do juiz sempre levanta questionamentos quanto a parcialidade e a legitimidade da ação diante da possível agressão a separação dos poderes e a legitimidade democrática. Este artigo busca na literatura amparo para melhor diferenciar a ação do juiz dentro destes institutos.

Palavras-Chave: *Lawfare*. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Constituição.

ABSTRACT

Judicial activism and the Judicialization of Politics have always been among the most debated issues in constitutional law, nowadays *Lawfare* was included to this debate, seen as similarities between the actions of the judiciary. The judge's role always raises questions about the partiality and legitimacy of the action, face of the possible aggression of the separation of powers and democratic legitimacy. This article searches the literature for support to better differentiate each one of those.

Keywords: *Lawfare*. Judicial Activism. Judicialization of Politics. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente o *lawfare* se mostrava presente apenas nas disputas internacionais relacionadas a hegemonia geopolítica. Hodiernamente, passou a ser visto com maior frequência nas disputas do direito interno. Por se tratar de matéria atual, com entendimento amplo e dependente de análises de conduta dos agentes, não há na literatura esgotamento das ações do poder judiciário frente ao *lawfare*. Fato contínuo, percebe-se uma grande confusão dentro do

¹ Bacharelado em Direito – Faculdade Doctum de Juiz de Fora-MG

² Professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG. Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X, mestre em Direito Comparado pela Universidade de Paris 1 - Panthéon Sorbonne. Foi pesquisador visitante na EHESS/Paris e pesquisador visitante na Queens University/Canadá. Realizou seu estágio pós-doutoral em Direito Comparado na École Normale Supérieure de Paris.

³ DOUTOR em Educação pela UNINCOR (PEDAGOGIA DA CULTURA: A Dimensão Cultural na Obra de Paulo Freire, 2006); MESTRE em Serviço Social pela UFRJ- Universidade Federal do Rio de Janeiro O Fenômeno da Participação Dentro da Perspectiva Heideggeriana do Social,1990). Primeiro Diretor da Unidade de Juiz de Fora da Rede de Ensino.

ordenamento quanto a definição e a individualização de *lawfare*, ativismo judicial e judicialização da política.

Posto isto, é antigo o debate envolvendo a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, muitos estudos não delimitam a real distinção entre eles, visto que existem diversas interpretações para as ações que são consideradas ativismo judicial, contudo, resta claro que tais ferramentas não devem ser utilizadas como termos sinônimos.

Os estudos realizados apontam que as alterações constitucionais do Estado, advindas das revoluções populares, delegaram maiores poderes ao Judiciário em detrimento do Legislativo e Executivo. Com maior poder para tomada de decisões, os instrumentos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política surgiram na alçada do Judiciário (Streck, 2014, p.61).

O presente artigo tem por finalidade, cessar os entendimentos adversos de cada instrumento, para isto, apresentará as características de cada um destes, buscando apresentar definições e especificando a atuação do juiz.

Espera-se que a pesquisa apresente resposta acerca da atuação do juiz no instituto do *lawfare* e do ativismo judicial, visto que a atuação do poder judiciário alterou cenário da corrida eleitoral brasileira, abalando a instituição democrática do Estado brasileiro.

O método de abordagem utilizado para a pesquisa foi o qualitativo, essencialmente bibliográfica e documental, feita a partir de diálogo entre Ciência Política, Direito Constitucional e Direito Internacional.

2 O LAWFARE

Conforme ensina Campos (2020, p.64) em sua análise sobre o tema, é necessária a caracterização do *Lawfare*, devemos determinar o ponto de vista no qual ele é reconhecido, seu conceito deve ser claro, específico e abrangente para que haja compreensão do objeto.

Lawfare é uma neologia que utiliza da junção de “Law” Lei e “Warfare” Guerra, ganhou notoriedade ao ser publicado no artigo do Coronel Norte Americano, Charles Dunlap (ZANIN et al., 2019, p. 19). Em seu trabalho o general Charles J. Dunlap descreve a “*Lawfare*” como uma estratégia de guerra, é o uso da lei como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional. A manipulação do sistema legal possui fins estratégicos políticos e militares. O general afirma ainda que a *Lawfare* não deve ser considerada uma arma para o mal, porque seu uso pode reduzir os efeitos destrutivos de uma guerra: “uma ferramenta ou arma que pode ser usada apropriadamente de acordo com as virtudes mais altas do Estado

de Direito – ou não. Tudo depende de quem está empunhando, como faz e por quê.” (DUNLAP, 2008, p. 148, tradução nossa)

O termo *Lawfare* é neutro, entretanto, atualmente, a *lawfare* vem sendo utilizada como um rótulo para criticar aqueles que usam os processos judiciais para fazer reclamações contra o Estado, principalmente na área da segurança nacional. A estratégia pode ser usada a favor ou contra governos, mas, categoricamente há espaço para seu uso contra e a favor de atores não estatais, Organizações Internacionais, ONG's, advogados, diplomatas, bem como terroristas e insurgentes. (SHARF, 2010, p. 2-3)

Richard Scharf (2010, p.4) entende que o *lawfare* é focado para o direito internacional, porém, a mesma dinâmica se aplica ao uso interno do direito, que as técnicas podem operar positiva ou negativamente em qualquer nível de interação social.

Em entrevista dada na Universidade de Chicago, no ano de 2009, Jhon e Jean Comaroff (2009, p.56), falam que:

Lawfare, o uso de meios legais para fins políticos e econômicos é endêmico para a tecnologia de governança moderna. Os estados democráticos e autoritários sempre confiaram em constituições e estatutos, em cartas, mandatos e mandados, em emergências e exceções - na violência inerente à lei - para disciplinar seus cidadãos.

Para Tiefenbrun, (2011, p.1) “*lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, maltratando e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de levantar um clamor público contra aquele inimigo.”, diz ainda, que somente a manipulação do direito não basta, para derrotar o inimigo é necessário se utilizar da opinião pública para materializar seus objetivos perante a sociedade e conseqüentemente na seara judicial. Existe um trabalho paralelo entre o processo judicial e a mídia, a fim de garantir o resultado desejado pelos autores da *Lawfare*.

Segundo a organização *Lawfare Project*, “*lawfare* não é algo bom. Trata-se do oposto de perseguir justiça. Entram-se em processos frívolos e usam dos processos legais para intimidar e frustrar os oponentes no teatro da guerra. *Lawfare* é o novo campo de batalha”.

Para Liziero e Santana (2020, p.212), visto as transformações ocorridas desde a criação do termo *Lawfare* pelo general Dunlap, em 1999, não mais há que se referir exclusivamente de seu contexto de guerra, o termo ganhou notoriedade por seu aspecto político.

Dentro do Estado brasileiro, o *Lawfare* desvia o objetivo do Estado Democrático de Direito, a lei é utilizada como instrumento para obtenção dos objetivos políticos, o aparato do

poder judiciário passa a ser instrumento garantidor de intenções do agente provocador (ZANIN et al. 2019, p. 26-30).

No Brasil, o instituto do *Lawfare* ganhou notoriedade com a deflagração da Operação Lava-Jato. Muitos juristas creem que a força tarefa criada nesta operação foi liderada exclusivamente com a intenção perseguir alvos políticos (MATOS, 2009, p.239-240).

A Operação Lava Jato é amplamente criticada por juristas brasileiros, tais quais, Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Lenio Luiz Streck e Celso Antônio Bandeira de Mello e juristas internacionais, como Susan Rose Ackerman, Luigi Ferrajoli, Baltasar Garzón, Alberto Costa, e Herta Daubler-Gmelin.

As consequências da investigação e da persecução penal, levou Luis Inácio Lula da Silva, a protocolar diversos recursos, ações e impetrar Habeas Corpus destinados à reforma, anulação, integração ou esclarecimento das decisões judiciais, com foco nas ações da força tarefa da Lava Jato em conjunto do Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Fernando Moro.

Recentemente, a “Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes – PRESIDENTE, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin e Ministro Nunes Marques.”, por maioria de votos, concedeu Habeas Corpus (HC 164493) para reconhecer a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro na condução da ação penal que culminou na condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro referentes ao tríplex em Guarujá (SP):

A ministra Cármen Lúcia explicou que, no momento processual em que havia acompanhado o voto do relator, as provas não eram suficientes para o reconhecimento da suspeição. No entanto, no decorrer do trâmite, foram apensados ao processo elementos de prova que, a seu ver, demonstram ter havido combinação entre os autores processuais – juiz e acusação – que comprovam a quebra de imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. Entre eles, citou a “espetacularização” da condução coercitiva de Lula, sem intimação pessoal prévia, junto com outros atos presididos pelo então juiz durante o trâmite processual.

Quanto a utilização, e organização técnica do aparato judiciário no *lawfare*, observamos que existem três dinâmicas e um ator principal unidos para construir o *lawfare*: a) momento político, a ação judicial, o inquérito, o processo tornado público afim de atingir a sociedade; b) a reorganização do aparelho judicial, as peças poder judiciário são alocados em locais estratégicos afim de atacar o adversário político e/ou prevenir situações hostis que possam surgir; c) O duplo padrão da lei, onde, apesar de diversas ações, o ato viciado pelo *lawfare*, se torna base para elaborar a perseguição e as outras ações, apesar de criminosas são

dispensadas. Por fim o ator principal da má-fé é a mídia massiva e concentrada, ela é utilizada para manipular a opinião pública, sendo capaz de ampliar o ataque e inviabilizar a defesa (Vollenweider e Romano. 2017, p. 2-3).

Segundo Kittrie (2016, p.8), para se caracterizar o *lawfare*, devem estar presentes duas características: 1) a motivação principal do ator em destruir ou enfraquecer a reputação do adversário; 2) o autor deve utilizar o direito visando resultado semelhante ao da ação militar cinética, incluindo impacto nas capacidades militares e de tomadas de decisões da força armada adversária. Portanto, ainda segundo autor, apenas se configura *Lawfare* a ação que tem por propósito enfraquecer e destruir um estado ou autores não estatais.

O autor apresenta também duas formas do *lawfare*: 1) *Lawfare* instrumental, que condiz com uso de ferramentas jurídicas para alcançar os mesmos ou semelhantes efeitos buscados da ação militar; 2) No *lawfare* baseado em *compliance*, a lei é utilizada onde possui maior influência que o Direito (Kittrie, 2016, p. 11).

Tiefenbrun (2010, p. 53) aponta que existem três tipos de *Lawfare*: 1) o primeiro modelo condiz com a ajuizamento de ações difamatórias, que assediam e propagam discursos de ódio ante os tribunais, este modelo visa silenciar o inimigo; 2) o segundo modelo visa cometer abusos e manipular as instituições a fim de criar uma narrativa negativa da imagem do inimigo; 3) por último as ações judiciais contra nações estrangeiras em tribunais domésticos através de ações civis ou ações militares.

Para que seja considerado *Lawfare*, é necessário que sejam observados quatro elementos fundamentais:

- 1) Agentes públicos em funções judiciais com comportamentos desviantes, ou seja, a presença de ocupantes de carreiras típicas do Estado no âmbito do Poder judicial, que, parecendo atuar dentro dos limites das suas competências, violam as leis e transgridem o devido processo legal, usando as prerrogativas e permissões especiais próprias dos seus cargos para a obtenção de determinados resultados, desviando-se, assim, das suas atribuições legais para auferir vantagens e ganhos para si ou para os seus aliados; 2) Combinação, conspiração, prévio entendimento e cumplicidade entre diferentes atores judiciais, com papéis oficialmente distintos, que, ao agir de modo coordenado e convergente, comprometem a parcialidade e a objetividade do juízo e contaminam as garantias processuais que dão sustentação ao sistema de justiça; 3) Interação, conluio e associação entre funcionários judiciais e interesses econômicos, meios de comunicação de massa, partidos, sindicatos, associações, movimentos políticos e outros grupos de pressão, constituídos por elementos estranhos ao poder judicial, interessados na condenação de atores políticos, na supressão de

políticas públicas ou na censura de ideologias e de correntes de pensamento consideradas rivais. 4) Ativismo partidário ou ideológico, tácito ou declarado, com finalidade e atuação alheias ao escopo judicial, orientados contra personalidades ou setores políticos tidos como opositores. (Aguar, 2020, p.72)

Desmembrando as ações dos agentes do *lawfare*, Zanin et al. (2019, p.40) afirmam que o *lawfare* é regido pela regra da utilidade, não há em se dizer verdadeiro e falso, portanto, as ações que são executadas pelo agente ativo da *lawfare* devem passar pelo crivo epistemológico para posteriormente serem considerado característica da *lawfare*, sendo *lawfare* o uso do Direito, devendo Direito ser compreendido no sentido amplo, ato normativo legislativo, administrativo, órgãos legislativos, jurisdicionais e administrativos.

Os autores identificaram que a estratégia do *lawfare* melhor se adaptada ao entendimento de André Beaufre, considerando *lawfare* como uma arte dialética das vontades enfrentadas que utilizam a força como meio para resolver o conflito (ZANIN et al.,2019, p. 36).

Neste contexto, utilizando o conceito de Comaroff, Zanin et al. (2019, p. 33) utilizam das dimensões estratégicas do *lawfare* para delimitar suas características. Zanin et al. (2019 p. 52-119) apresentam as três dimensões estratégicas do *lawfare*, sendo: 1) a geografia, o domínio desta área significa comandar o aparato judicial, o órgão público encarregado de aplicar; 2) O armamento, considerado pelo autor como estratégia de segunda dimensão, condiz com o ato normativo ou a norma jurídica indevidamente extraída a ser utilizada para atacar o inimigo. 3) A terceira dimensão estratégica citada pelo autor são as externalidades. Segundo Zanin et al. (2019, p.119-120), é necessária uma conduta externa, fora do direito, a fim de se alcançar à um fim legítimo aos olhos da sociedade.

ZANIN et al. (2019, p.120-122), demonstram que há interação entre as dimensões estratégicas, estas resultam em características básicas do *lawfare*, citando em rol não exaustivo: 1) Forum shopping, é a junção da estratégia de primeira e segunda dimensão, Armamento + Geografia. Nesta tática, o objetivo é escolher o direito e o órgão julgador mais favoráveis a tese do autor. Alguns fatores são levados em conta para escolha da melhor estratégia adotada para se garantir a aplicabilidade efetiva do *lawfare*, dentre eles estão: o juiz parcial, promotores parciais, hierarquia recursal tendenciosa e parcial, histórico-cultural e socioeconômico do local do órgão jurisdicional ou administrativo, relação dos aplicadores do direito de determinada região com agentes estrangeiros. (ZANIN et al.,2019, p.123-127); Ainda, dentro da união entre Armamento e Geografia, o autor aponta a prática da Libel tourism, que consiste em ajuizar ações

em jurisdição adversa, não se tratando do foro competente, mas sim ao que são mais amigáveis à acusação. Uma característica deste modelo, é que se impõe o ônus da prova de inocência ao acusado. Essa é uma das principais considerações de temor que o acusado recebe, pois, o excesso de acusações surgiu como tática dos promotores para forçar o acusado a aceitar uma situação menos gravosa. É realizada uma negociação entre as partes, onde, os promotores conseguem chegar à acusação correta ou mais branda para o acusado, remete a defesa que conseguiram alcançar a vitória (ZANIN et al.,2019, p.130);

Quanto as estratégias correspondentes à segunda dimensão estratégica, o autor levanta as denúncias sem materialidade ou sem justa causa são notáveis na prática do *lawfare*. (ZANIM; MARTINS; VALIM,2019, p.131-133); os excessos de prisões preventivas ilegais como forma de tortura para obter as delações premiadas (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2009, p. 133-138); O Overcharging, ou seja, um excesso de acusações, o autor cita que pode ser realizado de duas formas, o acesso vertical é o agravamento da situação visando aumentar o quanto no da pena, enquanto o excesso horizontal representa o excesso de fatos a uma só ocorrência (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p. 142 – 146); Carrot and sticks (cenouras e porretes) significa que o agente do *lawfare* influencia as declarações de culpa visando o firmar acordos de cooperação em troca de benefícios (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.146–150); Criação de obstáculos à atuação de advogados que lutam contra arbitrariedades do Estado, a *lawfare* silencia e intimida os advogados, extrai a possibilidade deste utilizar de todas as garantias previstas pelo direito nacional e internacional (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.150–153); Propositura de ações judiciais para silenciar a liberdade de expressão e difundir o medo em quem pode opor-se publicamente ao *Lawfare*, o *lawfare* intimida também aquele que a denuncia, a liberdade de expressão deste individuo é afastada quando os membros do sistema de justiça começam a propor ações judiciais (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.153-156); Estados de exceção é caracterizado no *lawfare* quando o há o tratamento excepcional ao caso, as exceções presentes tal qual um tribunal ad hoc (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.155–156).

Quanto a terceira dimensão estratégica, o autor cita a manipulação de pautas mobilizadoras para iniciar a perseguição ao inimigo (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2009, p. 155); a promoção de desilusão popular, influencia a opinião pública e utiliza do direito pra fazer publicidade negativa (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.159-160); Os escritório de advocacia como alvos de guerra de informação, é de notório conhecimento da assimetria existente entre estado e investigado ou réu, esta característica da terceira dimensão estratégica

nasceu da denúncia dos constantes roubo de informações realizadas por hackers (ZANIM; MARTINS; VALIM, 2019, p.160-166).

Kittrie (2016, p.12-17) sistematizou, em um rol não exaustivo, os locais e as formas de interferências que são realizadas pelo *lawfare*: **1)O uso do Direito Internacional em Fóruns internacionais:** visa criar leis internacionais desenhadas para desvantagem do adversário, gera processos penais internacionais em tribunais internacionais, utiliza o Direito Internacional para provocar investigações intrusivas e prolongadas por organizações internacionais, estimula votos em desfavor do adversário em organizações internacionais; **2)Uso do Direito Internacional em Fóruns Nacionais:** o Direito Internacional é utilizado como base para processos de "jurisdição universal" contra oficiais de países do terceiro mundo pela suposta prática de crimes de guerra, é utilizado como base para processos criminais de empresas domésticas em tribunais nacionais pela suposta prática de crimes de guerra, e ainda, é utilizado como defesa em processos criminais em tribunais nacionais; **3)Uso de Leis Nacionais em Fóruns Nacionais:** tende a criar novas leis nacionais desenhadas para forçar vendedores de produtos estratégicos a escolherem entre o mercado de determinado estado ou o de seu adversário, cria novas leis nacionais possibilitando processos contra grupos terroristas, seus fornecedores e patrocinadores estatais, processos criminais contra organizações que financiam grupos terroristas, ações do governo contra bancos que prestam serviços financeiros a estados párias ("*rogue states*") ou grupos terroristas, processos que responsabilizam estados patrocinadores de atos terroristas contra civis, processos que responsabilizam estados terroristas pela morte de oficiais e militares, processos que responsabilizam organizações e indivíduos que financiam grupos terroristas por seus atos, processos que responsabilizam bancos que prestam serviços financeiros a grupos terroristas pelos seus atos, processos que responsabilizam empresas multinacionais por suas atividades em estados terceiros, organizações não governamentais em campanhas contra empresas que violam a lei nacional. **4)Uso de Leis subnacionais em Fóruns nacionais:** Legislação infraconstitucional, atos discricionários do poder Executivo, ações em fórum nacional contra bancos que prestam serviços financeiros a estados párias e grupos terroristas.

Lawfare é uma estratégia jurídica que possui diversos instrumentos e agentes. Tais agentes agem de forma arranjada, tencionando viabilizar uma melhor aplicabilidade das ferramentas jurídicas, assim, possibilita a efetivação das estratégias. Por último, com a correta aplicação destas estratégias, será possível alcançar o fim desejado.

Dentro desse estudo, vê- que a organização do aparato judicial é uma das principais ferramentas para concretização do objetivo do *Lawfare*. O juiz, agente do aparato judicial

detentor de poderes inerentes a sua figura, é aquele que valida os atos da perseguição judicial. Ao fim, é o agente responsável em concretizar o fim planejado

3 PODER JUDICIÁRIO

3.1 CRIAÇÃO, FUNÇÕES, LIMITES

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim. (Barroso, 2020, p.30)

A atuação do poder surge nas sociedades primitivas, a presença do sobrenatural justifica algo que escapa à compreensão ou ao controle do ser humano. Desde o início das eras, o sobrenatural foi utilizado como forma de reconhecimento à fonte do poder de uma entidade ideal, este poder imaterial legitima o direito divino dos reis (DALLARI, 2011, p.70).

Diante da formulação da teoria política de Montesquieu, o governo absolutista, deixa de ter expressividade sobre a vida em sociedade. O pensador francês viveu em uma época de tiranias e abusos cometidos em nome da lei, o rei era o representante divino, assim, sua sucessão era feita pela descendência e a lei era o que lhe fosse entendido. O modelo de Montesquieu defendia a liberdade e a vida, além dos direitos políticos dos cidadãos (CARVALHO, 2006) Neste sentido, temos a teoria clássica de Montesquieu, presente na obra “O Espírito das Leis” de 1748:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Retiramos, ainda, da obra de Montesquieu:

Há dois gêneros de corrupção: aquele que ocorre quando o povo não observa de modo algum as leis, e aquele que ocorre quando o povo é corrompido pelas Leis. Mal incurável reside no próprio remédio. (Montesquieu, 2002, p.34).

Insta salientar, que Montesquieu não foi o primeiro a tratar da separação dos poderes, devemos citar Aristóteles como grande fonte de origem da teoria política de Montesquieu:

A Constituição é uma ordem ou a distribuição de poderes que existem num Estado, isto é, a maneira que eles são divididos, a desde a soberania e o fim que se propõe a sociedade civil. As leis não são a mesma coisa que os artigos fundamentais da Constituição; elas servem apenas de regra para os magistrados no exercício do governo, e também para conter os refratários⁴ (ARISTÓTELES, 1932, p. 54).

John Locke serviu de inspiração a Montesquieu, este formulou sua teoria fundamentada na representação e na separação dos poderes, assegurando viabilidade de governo e o equilíbrio entre os poderes (Vieira, 1977, p.43). Montesquieu conseguiu distribuir de forma efetiva e prática o poder entre os titulares, diferente de John Locke, que ficou contido quanto ao caráter teórico de sua teoria. (BONAVIDES, 1993, p.49).

Para Montesquieu há três poderes:

O Poder Legislativo, que é o de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, isto é, de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares(Carvalho, 2008, p.167).

Montesquieu nunca foi contra o uso do poder, contanto que este possua limites para que não seja instaurada a tirania. Ainda segundo autor, após 1789, o pensamento desenvolvido

⁴ ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Editora Ariel, 1932. P. 54

por Montesquieu incentivou as revoluções populares e com essas a definição de direito fundamental surgidas com a constituições dos estados, isto acontece pois passou-se a visar a limitação do poder do Estado, garantindo liberdade política e social aos cidadãos (Pierobon, 2006, p.3),

O pensamento desenvolvido por Montesquieu incentivou o nascimento de diversas revoluções populares que visavam a descentralização do poder. Na França pré-revolucionária do século XIX, os juízes eram membros da aristocracia, e tendiam a agraciar os julgamentos a favor do Soberano. Foi com Revolução Francesa que houve a Ascensão do poder popular, o poder revolucionário não substituiu os juízes aristocratas já designados, porém, simplesmente mantiveram os mesmos sobre firme domínio, limitando suas interpretações. PERELMAN (1996, p.506) relata que a revolução francesa entendia que o juiz deveria possuir um papel passivo, e que deveria se limitar apenas a aplicação da lei e exprimir a vontade nacional, de forma impessoal e uniforme a vontade do legislador.

Nas palavras de PERELMAN

Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais. (PERELMAN, 1996, p.185)

Surge o movimento constitucionalista que, segundo Ferrajolli(2012, p.109) “equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supra ordenadas”.

Canotilho (2003, p.87) atrela ao Estado Constitucional um equilíbrio político social que combateu dois arbítrios ligados aos modelos estatais anteriores, a “autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.

Este equilíbrio político social foi alcançado através do desenvolvimento de modelos sociais e econômicos. Observamos que a sociedade do sec. XIX abrigou grandes movimentos sociais, podemos citar o manifesto comunista de Karl Marx e o Cartismo na Inglaterra. Os diversos movimentos sociais desta época extraíram a idéia liberal do Estado e, com o Grande desenvolvimento da pasta social, o Estado se viu forçado a incluir normas relativas aos direitos

sociais e econômicos no conteúdo programático de seus textos constitucionais. Por fim, dita, que para o Estado ser concebido deve este ser Estado Constitucional. (MORAES, 2020, p.3).

O estado constitucional possui duas “grandes qualidades”, estado de direito e estado democrático:

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo(MORAES, 2020, p.4).

Por fim, Moraes (2020, p.5) entende que só haverá Estado de Direito onde houver supremacia da legalidade, também chamada *The Rule of Law*. Esta supremacia da legalidade pode ser interpretada como a observância do devido processo legal (*Magna Carta* de 1215); predominância das leis e dos costumes do país perante a discricionariedade do poder real; sujeição de todos os atos do Executivo a soberania do Parlamento; igualdade do acesso aos tribunais para defesa dos direitos consagrados.

Segundo Mendes (2011, p.3), a independência judicial tem extrema importância, uma vez que os direitos humanos somente podem ser realizados ao limitarmos o poder do Estado.

A recente Constituição Federal brasileira de 1988, assim como as constituições republicanas brasileiras anteriores, aplicou o princípio da separação dos poderes estatais encontrados na doutrina de Montesquieu. Diante das constantes ameaças de centralização do poder estatal, viu-se necessário transformar o referido princípio da separação dos poderes em cláusula pétrea: “art. 60, § 4, III. Não será objeto de deliberação a proposta de emendas tendente a abolir: III – a separação dos poderes;”

Segundo Zauli (2011, p.198), devemos observar, que apesar da aplicação do princípio da separação dos poderes, a Constituição Federal brasileira de 1988 se diferencia da intenção inicial de Montesquieu, já que este previa um equilíbrio natural decorrente de uma rígida e excludente separação de poderes. Entretanto, o que encontramos na Constituição brasileira de 1988 é o resultado de uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos

poderes ao qual cada um é chamado para desempenhar funções típicas e atípicas, ocorrendo uma interseção entre os três poderes.

Para Gomes (2004, p.8), o poder judiciário possui cinco funções aplicar contenciosamente a lei aos casos, controlar os demais poderes, realizar seu autogoverno, concretizar os direitos fundamentais, garantir o estado constitucional democrático de direito. Enquanto Zaffaroni (1997, p.55) identifica três funções do poder judiciário, tal qual: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL

O termo Ativismo Judicial foi criado nos Estados Unidos, era empregado como forma para rotular atuação da Suprema Corte Norte-americana durante os anos que foi presidida por Earl Warren, de 1954 a 1969 (BARROSO, 2020, p.104). Neste período houve uma intensa transformação em relação as práticas políticas dos Estados Unidos, práticas essas conduzidos por uma jurisprudência progressista relativa aos direitos fundamentais. Tais práticas não foram realizadas pelo Congresso ou por decreto presidência (BARROSO, 2020, p.434)

Na lição de Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2008, p.04).

Diante do grande avanço progressista realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, restou aos movimentos conservadores depreciarem a expressão “ativismo judicial”, assumindo assim uma conotação negativa, depreciativa, equiparado ao exercício impróprio do poder. Hoje, as críticas ligadas ao ativismo advêm da ofensa a separação dos poderes, os que assim compreendem, afirmam que cabe ao magistrado apenas aplicar as normas jurídicas estabelecidas pelo legislativo (BERMAN, 2009, P.215-216).

Contrário a isso temos a linha de pensamento que defende que os atos legislativos não estão subordinados apenas formal e procedimental, mas também substancialmente à lei maior. Devendo, para tanto, levar em consideração princípios não escritos, não devendo se prender

apenas aos acordos, normas e princípios descritos nas leis constitucionais (CANOTILHO, 2003, p.1215-1245).

Em sua lição, Ferrajoli (2012, p.4-6) evidencia que as normas constitucionais, princípios implícitos e fluídos não podem afastar regras objetivas, a não ser que a norma seja declarada inconstitucional, entretanto, diante desta alegação, é necessária a devida fundamentação contrária. Para Barroso (2020, p.435), o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO,2020, p.434).

Kmiec aponta as possíveis concepções do ativismo judicial, a)“Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches”, a declaração de inconstitucionalidade de atos discutivelmente constitucionais de outros poderes. Nesta modalidade, o ativismo judicial invalida o ato alegando inconstitucionalidade da norma, entretanto, sua constitucionalidade é perfeitamente discutível; b) “Ignoring Precedent” Ignorar precedentes, está diretamente relacionado com a inobservância dos precedentes judiciais existentes. Esta modalidade ainda se categoriza através dos precedentes verticais e horizontais, onde os precedentes verticais tratam da desobediência do escalonamento hierárquico dos órgãos do judiciário, por sua vez, os precedentes horizontais determinam que a corte deve seguir seu próprio precedente; c) “Departures from Accepted Interpretive Methodology” Afastamento da metodologia interpretativa reconhecida neste método, o ativismo estaria configurado com a não adoção de metodologia geralmente aceita para a solução de casos constitucionais; d) “Judicial Legislation” Legislação Judicial, critério que consiste na alteração mais profunda na divisão dos poderes, o poder judiciário não se limitaria a interpretar as leis existentes, mas passaria também a criá-las; e)“Result-Oriented Judging”, o julgamento orientado pelo resultado. Nesta opção, os juízes, motivados por suas razões pessoais, adotariam postura para alcançar um fim. A sentença final tende a deslocar-se do roteiro. Com a extensão do ativismo diretamente proporcional ao tamanho do desvio gerado na sentença. Tal modalidade é de difícil identificação, pois não é possível se saber a fundo o objetivo do julgador "There is rarely smoking gun evidence of an ulterior Motive"⁵(KIMIEC, 2004, p. 1463-1475).

Dentro da realidade brasileira, algumas ações do STF que podem ser tidas como ativismo judicial.

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do

⁵ “*There is rarely smoking gun evidence of an ulterior motive*” traduzindo dentro do contexto do autor, consiste em afirmar que é difícil comprovar a existência do motivo dentro da ação praticada.

legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (Barroso, 2020, p.435)

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Segundo Barroso (2020, p.430) a judicialização da política versa sobre o acionamento do Poder Judiciário afim de garantir as demandas políticas, sociais e morais da sociedade. É uma expansão do poder judiciário que foi legitimado com a transmissão de poderes que advêm do Legislativo e Executivo.

Segundo Verbicaro (2019, p.390), a referida expansão do Poder Judiciário está ligada à garantia da aplicação do Estado Democrático de Direito e da propagação dos Direitos Humanos pós 2ª Guerra Mundial.

Após a 2ª Guerra Mundial, era necessário penalizar os dirigentes nazistas pelos crimes contra a humanidade e pela Violação aos Direitos Humanos, em consequência surgiu a necessidade de formular à Constituição formas de expressar valores fundamentais a controlar o poder do Soberano. O chamado Constitucionalismo Democrático reclamava ao Judiciário poderes que garantissem aplicabilidade da Jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder Soberano. (Werneck et al., 2007, p.39-40),

Ainda no pós-guerra, o Estado se desenvolveu utilizando o modelo do *Welfare State*, buscou aplicar organização ao capitalismo e trazer assistencialismo à sociedade. Essa tentativa de trazer harmonia entre as classes sociais contribuiu para a grande inserção do direito no centro da vida social, a partir disso houve uma grande inversão lógica da legislação, “de regular o futuro a partir do tempo presente, contrariamente ao cânon classicamente liberal, orientado, em nome do princípio da certeza jurídica, pelo tempo passado. Em sequência, com a crise do *Welfare State*, o Estado passa a adotar o Neoliberalismo, por conta das medidas adotadas por este modelo houve o enfraquecimento dos direitos sociais e a redução da força dos sindicatos, deixando a sociedade a mercê das leis do mercado. Como consequência disso, o poder judiciário passou a ser o garantidor dos direitos do cidadão. O modelo de Estado tornou o Acesso à Justiça

uma política pública de primeira grandeza, um grande fator para a judicialização da política foi a aproximação do poder judiciário com a população. Tal aproximação se deu através da criação de juizado de pequenas causas, da legislação de direitos do consumidor e da regulação dos setores mais vulneráveis, fato que contribuiu para o juiz se tornar protagonistas nas decisões das questões sociais (VIANNA et al., 2007, p.40).

Quanto ao deslocamento do poder ao Judiciário, VIANA et al. (2007, p.40) citam a grande importância do exercício do controle de constitucionalidade por este órgão como responsável por uma nova arquitetura institucional.

BARROSO (2020, p.431) cita como causa para este fenômeno: a reconhecida importância de um Judiciário forte independente, visto que a essência democrática moderna depende disto; outra causa para a judicialização da política está atrelada a desilusão com a política majoritária, visto a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral; além de uma terceira e última causa, os atores políticos preferem que o Judiciário seja a instância decisória das questões polêmicas, em relação aos questionamentos morais, visto que, quando o ator político não precisa se posicionar contra ou a favor, não haveria desgaste de sua imagem. Segundo autor, no Brasil esse fenômeno foi responsável de trazer o debate político para instância judicial, visto que em razão da constitucionalização abrangente, analítica e do controle de constitucionalidade vigente alma pra cesso ao Supremo Tribunal Federal através das ações diretas.

CLÉVE (2003, p.289-300) levanta dois fatores da judicialização da política no Brasil, o primeiro versa sobre o modelo constitucional adotado no Brasil, trata-se de um modelo constitucional abrangente e analítico; e o sistema de controle de constitucionalidade, visto que possuímos uma combinação de matrizes, sendo uma matriz americana, onde todo juiz e Tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto, e a matriz europeia, onde admite-se que as ações diretas sejam ajuizadas perante a corte constitucional.

4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE *LAWFARE* E ATIVISMO JUDICIAL

Aguiar (2020, p.121-122), levantou as 4 principais características do lawfare, devendo, necessariamente, estar simultaneamente presentes nos atos para ser configurada a prática da lawfare, sendo: 1) Agentes públicos em funções judiciais com comportamentos desviantes; 2) Combinação, conspiração, entendimento e cumplicidade entre diferentes atores judiciais, com papéis distintos; 3) Interação, conluio e associação entre funcionários judiciais e elementos estranhos ao Poder judicial; 4) Ativismo partidário, parcial ou ideológico, tácito ou declarado,

com finalidade e atuação alheias ao escopo judicial. A *lawfare*, necessariamente só restará comprovada com a presença destes quatro elementos.

Lawfare é a instrumentalização do direito, onde o instituto se aproxima do Ativismo Judicial, Estado de Exceção e o Direito Penal do Inimigo, estes instrumentos formam um conjunto de hostilidades que também são utilizadas pelo agente praticante do *lawfare* (BARRETO et al., 2020, p.121-122).

Zanim et al. (2019, p.27-30) dizem que esses instrumentos são categorias contíguas ao *lawfare*, ainda, que não há em se dizer e tratar ativismo judicial e *lawfare* como as mesmas figuras, visto que o ativismo judicial é uma consequência do próprio sistema jurídico.

Apesar da semelhança, o *lawfare* não pode ser caracterizado como ativismo judicial, o *lawfare* na verdade é permeado por este instrumento (ZANIM et al., 2019, p. 45).

O ativismo judicial é visto como consequência do sistema jurídico pois as novas democracias encontraram na teoria da separação dos poderes, formas de proporcionar à sociedade o gozo dos Direitos Fundamentais, entretanto, com isto, nasceram três questões políticas internas: 1) o questionamento de excesso de poder pelo Executivo, firmando aos demais Poderes apenas o papel coadjuvante; 2) a crise de identidade política causada pela corrupção dentro do Poder Legislativo, fato que gerou a ascendência dos demais poderes, o poder Executivo criando Medidas Provisórias além do último ponto de convergência, a questão do Ativismo Judicial.3) O ativismo judicial levantou questionamentos a efetividade da separação dos poderes do perfil constitucional adotado. (DITÃO, 2019, p. 143-151).

O ativismo judicial é utilizado pelo juiz para criar interpretações novas do direito, a lei existente é interpretada de forma legal, porém, de uma maneira ampla, esta interpretação é guiada em favor das convicções pessoais do intérprete, o juiz desconsidera a hierarquia ditada pela constituição e cria sua própria interpretação da norma. Em sua atuação como agente do *lawfare*, o juiz manipula o aparato Judicial, atua em conjunto com os membros do poder judiciário, viola princípios constitucionais, normas e leis, cria interpretações das normas, atuam de forma expansiva e proativa. Adotariam essa postura para alcançar um fim, trata-se do julgamento orientado pelo resultado (Zanin et al. (2019, p.29).

Entretanto, se observarmos a análise feita por Continentino (2012, p.145) o autor revela que a definição de ativismo judicial tem sido utilizada sem fundamentos, a acusação de uma atuação judicial ativista tem sido feita de forma superficial, onde resta ausentes os debates críticos e fundamentação. Aos olhos do autor, o ativismo judicial tem sido vítima do uso de uma retórica simplista e não eficaz para formação de uma crítica sólida.

Ativismo judicial não possui delimitação certa, entretanto cita alguns comportamentos que o caracteriza, sendo:

Quando o Poder Judiciário adentra em determinada questão política ainda que os Poderes estatais não tenham se omitido; quando eventual lesão a direito fundamental decorreu da impossibilidade fática do Estado em garanti-lo e não de seu descaso; quando os Poderes Executivo e Legislativo atuaram de forma razoável na implementação do direito social, tendo adotado políticas públicas eficazes; bem como quando o legislador atuou dentro do livre espaço de conformação que lhe foi outorgado pela Constituição, com a observância da margem de discricionariedade a que estava adstrito (BICCA, 2012, p. 48).

Para Barroso (2009, p.434), o ativismo judicial nasceu da necessidade em se aplicar à sociedade os valores e fins constitucionais, visto a inércia do legislativo em se legislar sobre essas matérias.

Andrade (2018, p.101), classifica o ativismo judicial como uma atividade proativa ao qual o poder Judiciário estabelece maior alcance ao sentido do texto constitucional. A autora aponta que o ativismo judicial não comete afronta ao princípio da separação dos poderes, visto que sua atuação se limita à concretização de direitos constitucionais nos casos em que o poder executivo e legislativo não aponta.

Compartilha deste entendimento Streck (2007, p.54-55), o autor entende que o ativismo judicial é a aplicação de ferramentas e mecanismos constitucionais previstos ao poder judiciário por conta do modelo constitucional adotado, corroborando para suprir a carência de tomada de decisão do poder Legislativo e Executivo nas matérias de políticas públicas.

Neste sentido, Coelho (2015, p.5), levanta importantes considerações sobre a atividade do poder judiciário. Inicialmente, através da análise do texto de Montesquieu (no presente artigo, utilizado para embasar a autonomia dos poderes), o autor mostra que o ativismo judicial é vedado a este poder visto a configuração do modelo tripartite adotado pelas constituições dos Estados, entretanto, ao embarcarmos em uma análise mais profunda fica evidente a necessidade desta atuação positiva do judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social,

motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam se fazer portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (CAPPELLETTI, 1993, p.5).

A constituição garante ao juiz o poder de criar direito, ainda, que a análise a ser feita é sobre a maneira e quais são os limites desta atuação colaboradora:

Assim vistas as coisas, pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica — criticar é distinguir — do problema do ativismo judicial implica delimitar a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas é de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição — pela sua abertura semântica —, comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis (COELHO, 2015, p.12)

Ativismo judicial é uma consequência do modelo constitucional adotado pelo Estado, onde a busca pela democracia delegou maiores poderes ao poder judiciário afim de se criar ordem entre os poderes,

5 CONCLUSÃO

Resta claro que o Estado, ao adotar este modelo constitucional, considera que a ação ativista do poder judiciário é essencial para o desenvolvimento da democracia, visto que, o juiz, a sombra dos princípios e normas constitucionais, das percepções atualizadas sobre a situação do país, poderá agir de forma ativa, devendo direcionar o ordenamento jurídico para melhor atender os interesses da sociedade. Concluimos que há legitimidade na atuação ativista do juiz (COELHO, 2015, p.13).

Por outro lado, o *lawfare* é um complexo fenômeno estratégico, nele o juiz é mais um ator presente na dinâmica desenvolvida, onde este aplica seus poderes legítimos alinhados as ações dos demais atores com a intenção de se garantir o resultado esperado. Visto o posicionamento do juiz no *Lawfare*, sua ação independe de convicção particular, sua tomada de decisões é direcionada tão somente ao fim pretendido.

Observando ação do juiz em cada um dos instrumentos, concluimos que não há que se falar na similaridade das ações do juiz nesses instrumentos. Eles não se aproximam por causa da tendência e do objetivo do juiz.

No Ativismo judicial a tomada de decisões do juiz é realizada a partir de uma gama de valores de cunho coletivo, o juiz atua a fim de conciliar os valores conflitantes. Observa-se que, a necessidade de flexibilizar aplicação de direitos em benefício de outros direitos essenciais não atendidos.

No *lawfare* há quebra de imparcialidade do juiz, o julgamento tendencioso é utilizado puramente para alcançar fins pessoais, os princípios dos entendimentos da matéria são manipulados independente do juízo de valores em desfavor do agente.

Eles não se aproximam em razão das tendências subjetivas e dos objetivos identificados na atuação do juiz.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Emerson Barroso de. **O Tribunal dos Sicofantas: uma genealogia (i)moral do lawfare**. In: _____; Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, et al. *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- ANDRADE, Sabrina. ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. **FIDES**, Natal, v.9, n.2, p. 91-109. jul/dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/issue/view/17> Acesso em 1 Mar. 2021
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Carlota de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro: Editora Ariel, 1932. P. 54
- BARRETO, Victor Luiz; Soares, Daniel, **Operação carlvário: um caso de lawfare contra Márcia lucena?**. In: _____; Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, et al. *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- BARROS DE AGUIAR, **O Tribunal dos Sicofantas: uma genealogia (i)moral do**. In: _____; Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, et al. *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 22 maio 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 104 – 439. E-book. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. acesso em: 15 jun.2021
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 fev. 2021

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Migalhas, 02 Fev 2009 Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf Acesso em: 16 jun 2021.

BERGAMO, Mônica, **Juristas estrangeiros se dizem chocados e defendem libertação de Lula**. 2019. Folha De São Paulo. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/juristas-estrangeiros-se-dizem-chocados-e-defendem-libertacao-de-lula.shtml>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BERMAN, José Guilherme. **Ativismo judicial, judicialização da política e democracia**. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, p. 215-216, dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 164.493. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. **Jus**, 2018. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346606406&ext=.pdf>>

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565213/mod_resource/content/1/3.%20CANOTILHO.%20Direito%20Const.%20e%20Teoria%20da%20Const.%20p.%201215-1245.pdf> p. 1215-1245

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 167.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, p. 289-300, 2003.

COELHO, Inocêncio M. , Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol 5, número especial, p. 4-24, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/Especial%20Ativismo%20Judicial>. Acesso em 17 Jun. 2021.

COMAROFF, John L. e COMAROFF, Jean. Ethnicity. **Law and Disorder in the Postcolony**. The University of Chicago Press, Illinois, 2007. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/publication/37692160_Law_and_Disorder_in_the_Postcolony>
Data de Acesso: 24 Mar 2020

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar 2012, a.49 n.193. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=>1>. Acesso em: 16 jun 2021.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **A separação de poderes na Argentina e no Brasil e a integração sub-regional**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2019

DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 16, n. 31, p. 92-101.1995. Disponível em: <
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

DUNLAP, Charles J. Lawfare. Positive and negative forms of ‘lawfare’. **Foreign Policy Journal**. 2015. Disponível em: < https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3154/>
Acesso em: 24. Mar. 2020

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B00BBFS85M>. p.13-56 . Acesso em: 13 mai. 2021

GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, 1997.

HERMAN, Edward S.; CHOMSKY, Noam. **Manufacturing consent: The political economy of the mass media**. In: _____; VOLLENWEIDER, Camila; ROMANO, Silvina. *Lawfare. La judicialización de la política en América Latina*. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, 2017.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’**, California Law Review, vol. 92, nº 5, out. 2004, pp. 1463-1475.

KMIEC, Keenan d., The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **Californi Law Review, INC**, California, vo. 92, no.5, p.1441-1477. 2004. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3481421> , acesso em

MATOS, Erica do Amaral. **Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 227-248. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

MENDES, Gilmar. **Organização do Poder Judiciário brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2021.

MENDES, Gilmar. **Organização do Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>. acesso em 20/04/2021.

MENDES, Gilmar. Organização do Poder Judiciário brasileiro. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf> [acesso em 20/04/2021].

Migalhas. Juristas Criticam Atuação Da Força-Tarefa Da Lava Jato Nas Escutas. Migalhas". 2021. Migalhas.Com.Br. <https://www.migalhas.com.br/quentes/310572/juristas-criticam-atuacao-da-forca-tarefa-da-lava-jato-nas-escutas-telefonicas-envolvendo-lula>. Acesso em 26 abr 2021

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, : Grupo GEN, 2020. 9788597024913. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 19 May 202. p. 3-5

NEWTON, Jim. Justice for all: Earl Warren and the Nation he made, New York: Riverhead Books, 2007, p. 405.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168-194. Disponível em: < <https://docero.com.br/doc/e8n5s>>. Acesso em: 09 mar 2021.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM** Mar de 2009 – Vol. 4, N.1. <https://doi.org/10.5902/198136947028>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>>. acesso em: 11 jun 2021

SCHARF, Michael. **Lawfare!**. Case Western Reserve Journal of International Law, vol, 43, issue 1, 2010. p. 1-10. Disponível em:

<<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=jil>>

Acesso em: 24. Mar. 2020

SCHAUER, Frederick. **Legal Development and the Problem of Systemic Transition**, John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=427223>>. Acesso em: 22 maio. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>> . acesso em: 12 Abr 2021.

THE LAWFARE PROJECT. Disponível em: <<http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1>> Acesso em: 24 mar. 2020

TIEFENBRUN, Susan. **Semiotic Definition of Lawfare**. Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 43, Cleveland. 2011. Acesso em: 24. Mar. 2020

TURMAS: STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TURMAS. (2021). Retrieved 4 May 2021, Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma&pagina=principal>>. Acesso em: 4 Mai. 2020

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Prefácio de José Eduardo Faria. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VOLLENWEIDER, Camila; ROMANO, Silvina. Lawfare. **La judicialización de la política en América Latina**. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, 2017. Disponível em: <<https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>>. Data de Acesso: 24 mar 2020.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. p. 90.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

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