

A JUSTIÇA POLÍTICA DE OTTO KIRCHHEIMER

OTTO KIRCHHEIMER'S POLITICAL JUSTICE

ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO¹

GABRIEL MEDEIROS DE MIRANDA²

RESUMO: Este trabalho se propõe a delinear os contornos do conceito de justiça política em Otto Kirchheimer. Ele se insere no cenário de intensa problematização da relação entre direito e política, ao passo em que busca enfrentar a escassez na produção da literatura brasileira sobre o tema sob o prisma da justiça política. Para tanto, primeiramente se investigará o pensamento do autor e os fundamentos teóricos de sua produção. Em seguida, explorar-se-á o conceito de justiça política e suas subclassificações conforme apresentado por Otto Kirchheimer. Finalmente, confrontar-se-á o conceito de justiça política com o de *lawfare* - conceito mais amplamente difundido na literatura especializada e no debate público nacional e do qual se aproxima sem com ele se confundir - identificando as semelhanças e diferenças que com ele mantém. Ao fim deste trabalho, apresenta-se uma tipologia de justiça política e constata-se o desafio que ela impõe às democracias constitucionais contemporâneas na garantia da convivência dos dissensos políticos.

166

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Política; Otto Kirchheimer; Direito e Política; Lawfare.

ABSTRACT: This paper aims to delineate the contours of the concept of political justice in Otto Kirchheimer's work. It is inserted in the scenario of intense problematization of the relationship between law and politics, while seeking to address the scarcity of Brazilian literature on the topic from the perspective of political justice. To achieve this goal, the author's thought and the theoretical foundations of his production will be investigated. Next, the concept of political justice and its subclasses as presented by Otto Kirchheimer will be explored.

¹ Possui Graduação (1990) e Especialização (2001) em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialização em Direito Penal, Compliance e Law Enforcement (2018), pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL, 2018); Mestrado (2003) e Doutorado (2006) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutorado (2018) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atualmente é Professor Titular da UFRN, lotado no Departamento de Direito Público dos Cursos de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito (Lato e Stricto Sensu); Membro do Colegiado do Curso de Direito da UFRN (2021-2023); Coordenador na Escola da Magistratura do RN; Juiz de Direito.

² Mestre em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.



Finally, the concept of political justice will be confronted with lawfare - a concept more widely disseminated in specialized literature and in the Brazilian public debate and which approaches it without being confused with it - identifying the similarities and differences that it maintains with it. At the end of this work, a typology of political justice is presented and the challenge it poses to contemporary constitutional democracies in guaranteeing the coexistence of political dissensions is noted.

KEYWORDS: Political Justice; Otto Kirchheimer; Law and Politics; Lawfare.

INTRODUÇÃO

O tema da relação e dinâmica institucional entre Direito e Política ocupa espaço privilegiado na agenda de debate científico jurídico e político contemporâneo. As tensões em torno da relação entre poderes e o questionamento do papel desempenhado por cortes constitucionais e processos penais no contexto de crises políticas têm provocado, em especial no debate nacional, tentativas de concepção e manejo de ferramentas teóricas capazes de melhor descrever os fenômenos que se desenrolam diante das democracias constitucionais contemporâneas.

Nesse contexto, destacam-se *Lawfare*, Estado de Exceção, ativismo judicial, dentre outros, como conceitos teóricos que se lançam ao debate público com a pretensão de descrever o fenômeno da utilização da justiça para fins políticos.

Este trabalho se propõe a apresentar, todavia, o conceito de justiça política, que tem em Otto Kirchheimer, jurista e cientista político alemão, seu principal formulador e sistematizador. Orientado por Carl Schmitt, membro “outsider” do Instituto de Pesquisa Social (BUCKEL, 2015, p. 80; HONNETH, 1999, p. 253) e forjado como pensador no calor do debate constitucional da República de Weimar, Otto Kirchheimer e seu trabalho apresentam reflexões profundamente conectadas com os desafios do constitucionalismo contemporâneo.

Menos presente no debate público do que os conceitos já mencionados, “justiça política” parece também estar envolta em certa confusão teórica encontrada na bibliografia sobre sua definição, havendo quem a encare como sinônimo de *lawfare* (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 84).

Para o alcance do objetivo desta pesquisa teórica, portanto, buscar-se-á compreender as bases do pensamento de Otto Kirchheimer e os fundamentos teóricos de sua produção. Na seção seguinte, o exercício será o de explorar o conceito de Justiça Política e suas subclassificações, com base em Otto Kirchheimer e bibliografias secundárias. Por fim, intentar-se-á estabelecer um diálogo do conceito de Justiça Política com o *lawfare*, a fim de diferenciá-los e identificar os limites entre os dois.

2. OTTO KIRCHHEIMER E SUA OBRA

2.1. NOTAS BIOGRÁFICAS

Otto Kirchheimer, nascido em 1905 em Heilbronn, estudou direito e ciências sociais com ingresso na universidade em 1924. Em 1928, concluiu o doutorado na Universidade de Bonn sob orientação de Carl Schmitt e viveu na Alemanha como assessor jurídico e advogado, assim como militante da esquerda do Partido Social-democrata Alemão até 1933, quando, judeu e marxista, é levado ao exílio em razão da ascensão nazista. Em 1934, aproximou-se do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt em sua sede parisiense. Em 1937, mudou-se para Nova Iorque, onde integrou oficialmente o Instituto como assistente de pesquisa. Nesse período, realizou pesquisas por encomenda e ainda trabalhou para o governo estadunidense no Escritório de Serviços Estratégicos (*War Crimes Unit of the Office of Strategic Services – OSS*, precursor da agência de inteligência CIA). Em 1955, se tornou professor na *New School for Social Research*, de onde saiu em 1962 para a *Columbia University*, onde lecionava quando morreu em 1965, com menos de 60 anos de idade (HACKLER; HERMAN, 2016)

As obras de Kirchheimer tratam de temas diversos. Escreveu sobre direito constitucional, partidos políticos, sobre a função política do poder judiciário e tantos outros temas mais. Da sua produção, entre 1928 e 1976, não emerge uma teoria sistemática e única que possa definir o autor. Pelo contrário, o que se vê são nuances não só nos temas escolhidos, mas também nas posições defendidas.

Longe de desqualificá-lo, essa característica reflete o cenário de intensa efervescência política e teórica em que viveu, assim como sua acurada capacidade de percepção da realidade e de reflexão crítica. O seu trabalho, nos termos de Machado e Rodriguez (2008, p. 118), é repleto de intervenções altamente radicais sobre temas específicos, resultando na construção de argumentos inusitados, desmistificadores e criativos relacionados às instituições que analisa.

2.2. O “JOVEM KIRCHHEIMER” E A MUDANÇA DE FUNÇÃO DO ESTADO

De início, então, para contextualizar a produção de Kirchheimer e buscar os fundamentos de seu pensamento e da concepção do conceito de “justiça política”, propõe-se uma imersão em seus escritos anteriores à obra homônima. Herz e Hula propõem a categorização da produção de Kirchheimer em quatro períodos. O primeiro, pertinente a um “jovem Kirchheimer”, contendo sua produção realizada entre 1928 e 1933, no contexto da República de Weimar. O segundo, identificado com seus primeiros anos no exílio na França, sua aproximação e trabalho junto ao Instituto de Pesquisa Social e a subsequente fixação nos Estados Unidos, quando produziu “obras de ocasião” conectadas com as demandas do Instituto e do *War Crimes Unit of the Office of Strategic Services – OSS*. O terceiro, que se inicia quando passa a ser professor da *New School for Social Research* em Nova Iorque (1955-1962) e que compreende a publicação da obra “Justiça Política”. E o quarto, interrompido

por sua morte prematura, em que se dedicava a condição e o papel do indivíduo na sociedade (1969, p. X. *in* RIZZI, 2011, p. 23).

Para identificar as bases do pensamento de Kirchheimer que, apesar das diversas nuances de sua obra ao longo da vida, ajudam a compreender o conceito de “justiça política”, propõe-se uma incursão na primeira fase de sua produção (1928-1933). Nesse período, destacam-se as obras *Zur Staatlehre des Sozialismus und Bolchevismus* (Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo) (1928) - sua tese de doutorado sob orientação de Carl Schmitt -, *Mudanças na Função do Parlamentarismo* (1928), *Weimar und was dann?* (Weimar... e então?) (1930), *Legality and Legitimacy* (legalidade e legitimidade) (1932) e *Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy* (Comentários sobre “legalidade e legitimidade” de Carl Schmitt) (1933).

Com a crise e derrocada de Weimar se desenrolando em frente a seus olhos, Kirchheimer apresentou um ensaio de teoria do direito e conceitos fundamentais para a compreensão do desenvolvimento do Estado de Direito. Ainda, evidencia-se nessas obras a contraditória relação mantida por Kirchheimer com Carl Schmitt: de orientador enquanto redigia sua tese de doutorado, a grande opositor em “*Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy*”.

Nos três textos até 1930, Kirchheimer identifica uma mudança de função (*Funktionswandel*) do Estado de Direito. Inicialmente utilizada como ferramenta pelo liberalismo para manter as camadas dominantes da nobreza sob regulação, a Constituição passaria então a ser a linha divisória entre dois grupos de luta, a burguesia e a classe trabalhadora. Ao invés de instrumento de regulação da nobreza pelas mãos da burguesia, serviria o Estado de Direito como mantenedor do equilíbrio nas relações entre burguesia e proletariado. Kirchheimer exemplifica:

Isso deve ser ilustrado por meio de um exemplo. Hoje, nem empregadores nem empregados querem colocar tudo em jogo por meio de uma desavença individual; isso porque, hoje, cada uma de suas desavenças ultrapassa a luta de dois indivíduos isolados; por trás de cada um deles está seu grupo social, preparado para vir em ajuda a seu partido em cada caso importante; por isso o Estado estabeleceu todo um sistema jurídico que serve para resolver essas lutas sociais por meio de um caminho jurídico, para retirá-las da esfera dos participantes diretos, para neutralizar questões sociais de poder na forma de problemas de aplicação do direito (KIRCHHEIMER, 2019, p. 159).

Tanto burguesia quanto proletariado, então, envidarão esforços para inserir na constituição e nas leis seus valores para fazê-la favorecê-los. A Constituição passa assim a refletir essa aguda disputa por meio de uma tensa estabilidade. Para Kirchheimer, esse seria o reflexo de um contexto em que uma das classes já não é

mais forte o suficiente, e outra ainda não é forte o suficiente para manter a exclusividade de seu sistema político.

Nesse ambiente, configura-se o processo de juridificação (*Verrechtlichung*), em que se arranca decisões concernentes à distribuição das forças sociais para transportá-las à esfera do Direito. Assim, neutraliza-se as decisões de poder por meio de sua formalização jurídica. As decisões de poder são tornadas toleráveis por terem o efeito mais incolor e menos autoritário possível, por meio da crença de que elas foram tomadas por juízes independentes e segundo a sua livre convicção (KIRCHHEIMER, 2018, p. 164). O Estado não é mais propriamente Direito, mas um mero mecanismo jurídico (*Rechtsmachinerie*) de processamento das contradições entre as classes.

Kirchheimer verifica na realidade weimariana situação exemplar da mudança de função do Estado de Direito. A Constituição de Weimar refletiria exatamente esse estado agudo de tensão entre as classes e as tentativas que ambas empreendem de imprimir no Direito seus valores. Em Weimar, os grupos organizados teriam mobilizado “reivindicações de ancoragem”, ou seja, procurado “ancorar” seus valores e projetos no texto constitucional (TAVOLARI, 2019, p. 1504).

A Constituição, por sua vez, abarcou todas as “âncoras”, sem promover um verdadeiro compromisso entre as proposições antagônicas, em que cada um dos grupos organizados teria que abdicar de parcela de sua reivindicação em função do acordo comum. Assim, portanto, para Kirchheimer, a Constituição não decidiu, mas tão somente justapôs reivindicações contraditórias entre si no texto constitucional.

O papel empreendido pelo judiciário e pela doutrina, todavia, para Kirchheimer, teria sido de desequilibrar a balança, decidindo repetidamente contra o operariado, esvaziando a Constituição dos valores e direitos por eles conquistados, a exemplo do artigo 153, que previa a expropriação da propriedade mediante interesses sociais e teria sido distorcido por tribunais e pela doutrina para minar as políticas de redistribuição econômica e proteger a propriedade burguesa.

A insuficiência da Constituição de Weimar vista por Kirchheimer era, portanto, não ser suficientemente decidida em favor dos direitos sociais. Nos termos de Rizzi,

O que queria Kirchheimer não era apenas que a Constituição tomasse uma decisão, mas sim que essa decisão fosse em prol dos direitos sociais e de uma organização política com eles condizente. Quando a decisão que seria efetivamente tomada delineou-se como sendo a do autoritarismo, contra qualquer garantia de direitos, sua posição teórica foi colocada em xeque (RIZZI, 2011, p. 45).

Neste momento, vale a pena traçar algumas notas em torno da relação de Kirchheimer com Carl Schmitt. Para Wiggershaus (2002, p. 257), Kirchheimer propunha uma resposta de esquerda à crítica da democracia parlamentar de

Weimar que Carl Schmitt elaborara. Kirchheimer desprezaria a veneração dos social-democratas pela democracia parlamentar e entenderia a Constituição de Weimar como uma armadilha – e não uma possibilidade emancipatória – por, ao mascarar a prevalência dos direitos de propriedade burgueses sobre as reivindicações operárias garantidas na constituição, mutilar a vontade de efetivar essas reivindicações e produzir a passividade da classe trabalhadora frente a dominação burguesa (WIGGERSHAUS, 2002, p. 257).

Já Scheuerman afirma que, apesar de suas críticas, Kirchheimer, notadamente a partir da década de 1930 e de seu testemunho da ascensão nazista, se aproxima de uma defesa do Estado de Direito frente às tentativas autoritárias que visam miná-lo (KIRCHHEIMER, 1996, p. 2). Rizzi sacramenta definitivamente: “o autor não deixa de ser um marxista crítico às limitadas possibilidades democráticas do Estado liberal, mas passa a valorizar os bens por ele protegidos e algumas de suas estratégias de como os defender” (RIZZI, 2011, p. 19).

A ruptura definitiva com Carl Schmitt – ao menos teórica³ – veio com os textos de Kirchheimer a partir de 1932, com “*Legality and Legitimacy*” (1932) e “*Remarks on Carl Schmitt’s Legality and Legitimacy*” (1933). Nestas obras, Kirchheimer ataca ferozmente a adesão de juristas alemães ao movimento autoritário comandado por Hitler. Para Kirchheimer, as elites administrativas e judiciárias teriam abandonado as características formais da agenda constitucional de Weimar – o tratamento equânime a diferentes grupos políticos por exemplo – em favor de um conceito de legitimidade baseado em padrões tradicionais e antipluralísticos.

Em oposição a Schmitt, Kirchheimer sustenta que Weimar não caiu por não conseguir distinguir (em razão da “falta de decisão”) entre “amigos e inimigos”, mas, como já dito, porque atores administrativos e judiciais hostis a democracia instrumentalizaram o Direito e as instituições – como o artigo 48 da Constituição e

³ Há uma intensa disputa de narrativas acerca da relação pessoal estabelecida entre Kirchheimer e Schmitt mesmo após o seu rompimento “acadêmico”. Buchstein, ao analisar anotações pessoais de Schmitt, cartas trocadas entre Kirchheimer e colegas e correspondências entre os próprios Schmitt e Kirchheimer, conclui que, em sua busca pela reabilitação acadêmica e política no mundo que emergiu pós derrota nazista, Schmitt empreende diversas tentativas de recompor a relação com Kirchheimer, que por sua vez, percebendo o apego de Schmitt à ideologia nazista, se limita a manter com ele uma relação de distanciamento cordial. Episódio significativo da relação entre os dois pós-1945 é a defesa de tese de George Schwab em 1960. estudante da Universidade de Columbia, Schwab escreveu seu trabalho sobre Schmitt, o que se apresentou ao alemão como uma oportunidade única para sua recuperação perante a opinião pública. O texto, que apresentava Schmitt em tons elogiosos, foi duramente criticado por Kirchheimer, que integrou a banca de avaliação. Para Kirchheimer, Schwab teria interpretado erroneamente a Constituição de Weimar e o papel de Schmitt na ascensão nazista (BUCHSTEIN, 2020, p. 17 e 21-22).

a utilização pelo judiciário de cláusulas abertas para legislar⁴- para esmagar seus oponentes (SCHEUERMAN, 1996, p. 7).

Kirchheimer identifica este fenômeno em episódios exemplares na República de Weimar em “*Legality and Legitimacy*”, como a conduta do Estado frente a avaliação da legalidade dos partidos comunistas (KPD e KPO) e do nacional-socialista (NSPD). A polícia, a administração e as cortes, aponta o autor, tiveram posturas distintas quanto a abordagem da questão da legalidade destes dois partidos, condenando os primeiros à ilegalidade e sendo condescendentes com o segundo.

Aqui novamente podemos iniciar a detectar os contornos de uma tendência a minimizar a esfera de normas legais (que demanda uma exata determinação da ilegalidade dos partidos políticos) em favor de repudiar objetivos sociais ilegítimos inaceitáveis ao aparato administrativo. (KIRCHHEIMER, 1996, p. 56)

Ainda, põe Kirchheimer sob a lupa a atuação do judiciário alemão ao negar reconhecimento à capacidade negocial da União Geral dos Trabalhadores em acordos trabalhistas. O Tribunal Federal do Trabalho passou a distinguir, discricionariamente, “objetivos econômicos” e “objetivos políticos” nas ações da entidade sindical, permitindo os primeiros ao passo que taxava como ilegítimos os segundos, flagrante violação ao direito à associação garantido pela Constituição de Weimar.

Já naquele momento, conclui Kirchheimer que, ao fundamentar ações em parâmetros *ad hoc*, sem respaldo prévio de uma norma geral do ordenamento jurídico, desconstitui-se o Estado de Direito (RIZZI, 2011, p. 133), esvaziando de sentido as normas gerais para atacar seus inimigos.

Em suma, deste período de produção de Kirchheimer, ressalta-se a elaboração acerca da função do Estado de Direito em uma sociedade de classes - qual seja o de promoção do equilíbrio entre a burguesia e o proletariado e suas reivindicações antagônicas - e a identificação do fenômeno a esta função intimamente relacionado, a juridificação, com a transposição para o Direito das decisões de poder para que sejam processadas e toleradas.

4 “In those settings where appeals to the constitution can be juxtaposed to a particular law – and this the problem of a system of “dual legality” emerges – this is likely to lead the bureaucracy to develop its own concept of legality based on its own particular interpretation of the constitution. [...] Indeed, the second part of the Weimar Constitution contains a rich variety of material-legal standards open to an infinite number of interpretations. In a country characterized by the intensive cultivation of so many different political interests, this inevitably leads to frequent attempts to appeal to the constitution against the legislature. In the hands of the judicial bureaucracy, the precision of the individual technical law is neglected in favor of the interpretable structural framework of the Constitution” (KIRCHHEIMER, 1932, p. 47).

3. JUSTIÇA POLÍTICA

3.1. CONCEITO

As formulações de Kirchheimer acerca do Estado de Direito, elaboradas no período acima descrito, abriram caminho para a formulação do conceito de Justiça Política, consolidado no livro que leva este nome publicado em 1961. As raízes deste conceito remetem, portanto, aos estudos de Kirchheimer acerca da queda da República de Weimar e ao que desvelou da natureza do Estado de Direito em uma sociedade de classes. Para Kirchheimer:

Se fala de Justiça Política quando cortes são usadas para fins políticos, para alargar e assegurar o campo da ação política. O princípio operativo da justiça política consiste em submeter a ação política de grupos e indivíduos ao escrutínio das cortes. O controle judicial dessa ação serve a quem quer fortalecer suas próprias posições e enfraquecer o inimigo (1981, p. 606, tradução do autor)⁵.

Kirchheimer faz questão de notar que se trata, de fato, da utilização de processos judiciais para neutralizar inimigos do regime, e não de governos. Essa distinção pode ser difícil, segundo o próprio autor, em função da fluidez da realidade política, mas faz sentido demarcá-la para ressaltar que este fenômeno está vinculado a processos políticos excepcionais, de importância maior que uma mera questão de governo. Sustenta Kirchheimer que, em um determinado regime, as diversas reivindicações levadas aos poderes constituídos e a forma como estes respondem a elas geram reações opostas. A luta resultante entre os detentores de poder e seus inimigos pode, então, assumir variadas formas, inclusive a do litígio jurídico (1981, p. 22). O recurso aos tribunais, entretanto, não é a forma mais frequente de resolver questões de disputa política: a maioria dos processos políticos passa ao largo das disputas judiciais. Em casos de mudanças políticas drásticas, na maioria das vezes os tribunais se restringem a endossar resultados de processos políticos consolidados em outros campos de disputa.

É importante destacar que, para Kirchheimer, portanto, a expressão genuína da justiça política é a empreendida pelo regime contra seus inimigos. Ao se perguntar qual seria a função das cortes em uma disputa política, responde Kirchheimer:

Em termos simples e grosseiros, desconsiderando por um momento os embelezamentos, as ampliações de função e as

⁵ Do original alemão: "Von politischer Justiz ist die Rede, wenn Gerichte für politische Zwecke in Anspruch genommen werden, so dass das Feld politischen Handelns ausgeweitet und abgesichert werden kann. Die Funktionsweise der politischen Justiz besteht darin, dass das politische Handeln von Gruppen und Individuen der gerichtlichen Prüfung unterworfen wird. Eine solche gerichtliche Kontrolle des Handelns strebt an, wer seine eigene Position festigen und die seiner politischen Gegner schwächen will".

salvaguardas da era do constitucionalismo: os tribunais eliminam um inimigo político do regime de acordo com algumas regras pré-estabelecidas. (1961, p. 6, tradução do autor)⁶.

A utilização dos tribunais para essa disputa, portanto, está sujeito a um juízo de oportunidade dos detentores de poder, que dispõem de um rico arsenal de armas contra seus adversários políticos. Uma vez escolhido o caminho da justiça política, a tarefa no salão do tribunal é influenciar a distribuição do poder político. “Podem ser dois os objetivos: derrubar as posições de poder estabelecidas, retirando pedaços delas, minando-as ou partindo-as em pedaços; ou fortalecer os esforços para preservar estas posições de poder” (KIRCHHEIMER, 1981, p. 85)⁷.

Para Kirchheimer, a justiça política não é particular do Estado totalitário, mas se verifica dentro da normalidade do Estado de Direito Constitucional, onde aquele que pretende neutralizar seu adversário político deve criar uma “realidade alternativa”, concomitante ao processo judicial para garantir a neutralização das lutas políticas do adversário e a aceitação da população, que assiste como se aquilo fizesse parte do *ethos* democrático (RIBEIRO; OLIVEIRA, 2018).

Em ambos os sistemas [Estado de Direito e Estado totalitário], os acusadores se utilizam de algo que o oponente fez anteriormente como campo de operação (*Operationsfeld*) que possa ser transformado em algo político. Uma vez retirado o adversário da disputa política, os acusadores se esforçam para colocar sua derrota a luz de uma ainda mais tensionada argumentação histórica ou moral para justificá-la como inevitável e justa (KIRCHHEIMER, 1985, p. 610, tradução do autor)⁸.

⁶ Do original em inglês: “What, then, is the function of courts in political strife? In the simplest and crudest terms, disregarding for a moment the embellishments, enlargements of function, and safeguards of the age of constitutionalism: the courts eliminate a political foe of the regime according to some prearranged rules.”

⁷ Do original alemão: “[Im politischen Prozess] ist dem Geschehen im Gerichtsaal die Aufgabe zugewiesen, auf die Verteilung der politischen Macht einzuwirken. Das Ziel kann zweierlei sein: bestehende Machtpositionen umzustossen, indem man aus ihnen Stücke herausbricht, sie untergräbt oder in Stücke schlägt, oder umgekehrt den Anstrengungen um die Erhaltung dieser Machtpositionen vermehrte Kraft zu verleihen”.

⁸ Do original alemão: In beiden Systemen benutzen die Ankläger – Regierungen, Parteien, Individuen – etwas, was der Gegner früher getan hat, als Operationsfeld, von dem aus politisches Geschehen geformt werden kann. Ist der Gegner aus dem politischen Konkurrenzkampf bereits ausgeschaltet, só bemühen sich die Ankläger, seine Niederlage im Lichte einer weiterspannten geschichtlichen oder moralischen Rechtfertigungsargumentation als unumgänglich und gerecht hinzustellen.

Para o autor, em um Estado Democrático de Direito, a Constituição e as garantias processuais constituem meros obstáculos ao plano de repressão que devem ser contornados, já que, uma vez violadas, fazem o processo perder credibilidade e se dissolve a imagem negativa que este buscou projetar sobre o inimigo, que por sua vez, pode se utilizar disso para questionar o próprio regime (1964, p. 614).

Contemporaneamente, os meios de comunicação de massa ampliam o alcance dos efeitos de um processo judicial para muito além das salas dos tribunais ou para os círculos de interessados diretos em seu resultado. Assim, um público ilimitado consegue acompanhar passo a passo o processo e participar do desvelamento da realidade política, que é reconstruída e reduzida no âmbito do processo. Utilizando-se disso, os processos judiciais políticos estigmatizam o adversário lhe imputando tendências antissociais e malícia, legitimam as medidas de neutralização do adversário tomadas pelo detentor do poder e racionalizam e limitam o ímpeto destruidor do detentor do poder de seus oponentes (KIRCHHEIMER, 1981, p. 607).

No juízo de oportunidade quanto à utilização da justiça política a ser feito pelos detentores do poder, sobressai a vantagem do aspecto de que a forma do processo penal transmite ao público (e não raramente aos próprios atores) a ideia de que a própria questão não é política, ou seja, que a perseguição política nem mesmo está ocorrendo. A penalização do dissenso político e a sua transposição para a forma do processo produzem uma despolitização do conflito (PREUSS, 1989, p. 136).

Kirchheimer destaca, ainda, que a justiça política pressupõe um “espaço judicial”, ou seja, um espaço de discricionariedade reservado ao juiz que representa justamente a incerteza e risco inerentes ao recurso a essa ferramenta. É o que separa a justiça política em Estados Democráticos de Direito dos atos judiciais em estados totalitários que, na verdade, constituem atos administrativos disfarçados.

Esse espaço judicial pode ser menor, nos casos de uma real e não construída afronta direta ao regime, quando o processo servirá apenas como ritual para a confirmação de um resultado pré-estabelecido, ou maior, quando há dúvidas e ambiguidades quanto ao enquadramento dos atos do inimigo nas previsões legais e/ou quando essas previsões já são elas mesmas textos abertos, indeterminados e com ampla margem de interpretação (KIRCHHEIMER, 1961, p. 426).

3.2. CLASSIFICAÇÃO

Kirchheimer distingue algumas categorias de processos políticos. Primeiro, identifica a possibilidade de processos penais tradicionais servirem como processos políticos. Para o autor, esse tipo de processo pode ter natureza política em razão da motivação do seu acusador, da filiação, passado político ou posição política do réu, podendo ser de grande valia para os círculos que estão no poder por trazer material desfavorável ao adversário do regime à luz e difundi-lo para público.

A difusão fora dos tribunais dos fatos do processo que comprometem o adversário, permite que órgãos do governo ou também organizações políticas influentes anunciem que as medidas tomadas são rigorosas e o quão isentas são as normas, que valem para todos. O caráter político do processo, então, esconde-se por trás da fachada de um processo ordenado e limpo que o enfraquece, senão elimina, perante a opinião pública (KIRCHHEIMER, 1981, p. 88-89).

Kirchheimer identifica também a politização de processos sobre delitos políticos, aqueles criados para proteger o sistema de governo estabelecido de uma atividade hostil, como alta traição, motim, entre outros (KIRCHHEIMER, 1981, p. 89).

Ainda, com a ampliação da intervenção dos tribunais, segundo Kirchheimer, construções legais mais sofisticadas ganham importância para que estes consigam atingir condutas que veja como danosas à ordem pública, extrapolando as subsumíveis aos dois tipos tradicionais acima elencados (processos penais e processos de crimes políticos) (KIRCHHEIMER, 1981, p. 89). Surgem, então, os tipos que penalizam tendências anticonstitucionais que não chegam a configurar, de fato, um crime político clássico e, portanto, foram denominados por Hans Copic como "direito penal político de nova forma" devido à antecipação da proteção estatal na esfera da luta política (PREUSS, 1989, p. 138).

Essas medidas têm origem, segundo Preuss na preocupação dos Estados democráticos com a sua destruição por opositores que utilizem dos próprios meios democráticos. Passou-se, então, a tipificar uma série de crimes com o fim último de criminalizar determinados fins políticos, já que os meios utilizados por estes "inimigos do regime" eram os regulares do ambiente democrático. Seriam crimes que "atentam indiretamente contra a ordem estatal", nos dizeres de Ribeiro e Oliveira (2018, p. 104). Assim, foram ampliadas as ferramentas de justiça política, abrindo espaço para a inclusão de diversos elementos subjetivos nos juízos dessa natureza (PREUSS, 1989, p. 142).

Por fim, está a classe dos "crimes políticos fabricados", produto de um Direito Penal de Convicção (*Gesinnungstrafrecht*), onde o foco da punição está sobre o pensamento ou convicções políticas do indivíduo, e não sobre seus atos de fato cometidos. São utilizadas circunstâncias de vida e ações do acusado, bem como eventos passados e possibilidades futuras para criar uma cadeia de eventos coerente que constrói a criminalização do acusado (PREUSS, 1989).

Nas palavras de Ribeiro e Oliveira, consiste essa categoria na construção de um "evento politicamente relevante e passível de persecução criminal a partir de um sem-número de elementos, que, encaixados com maestria, deixariam transparecer a periculosidade do agente e de suas condutas" (2018, p. 107).

3.3. JUSTIÇA POLÍTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Há diferentes leituras possíveis do trabalho de Kirchheimer e do conceito de justiça política que apresenta. Aqui, se organizará essas duas leituras distintas da

seguinte forma: uma que compreende justiça política como patologia dos Estados Constitucionais Democráticos; e uma que a enxerga como fenômeno inerente à sua normalidade.

Hackler e Herman (2016) e Ooyen (2011) destacam a intenção de Kirchheimer de, com a obra “Justiça Política”, desvelar um aspecto inerente aos Estados Constitucionais contemporâneos. Para eles, nos termos de Ooyen:

Kirchheimer não revela ser justiça política não uma mera “degeneração” da justiça na ditadura, que, numa perspectiva ingênua, poderia ser eliminada com a restauração do Estado de Direito. Em vez disso, ele a viu como uma parte necessária, incontornável e, portanto, essencial do Estado de Direito - por assim dizer, como seu “lado sombrio” (2011, p. 243, tradução do autor)⁹.

Em outras palavras, a utilização de meios judiciais para enfraquecer ou aniquilar inimigos políticos - portanto, justiça política - seria verificada mesmo havendo pleno respeito às normas vigentes e ao Estado de Direito. Nos tribunais, em função da ampla margem de manobra de ferramentas judiciais, o processo pode ser usado para fins políticos sem a mínima violação de princípios jurídicos (HACKLER; HERMAN, 2016).

Justiça política, seria, então, consequência inevitável do atual estágio de desenvolvimento dos Estados Constitucionais, que lograram racionalizar conflitos e situá-los no campo das disputas judiciais.

Para esse setor, portanto, não faria sentido classificar “justiça política” negativamente, mas encará-lo como um fenômeno característico das disputas contemporâneas pelo poder, verificado dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito, mediante o respeito pleno às suas normas, e que pode ser mobilizado inclusive pelos inimigos do regime defensivamente e contra os detentores do poder.

Já outro setor intelectual, aqui representado por Ulrich Preuss, enxerga uma nítida conotação negativa dada por Kirchheimer à “justiça política” e caracteriza o fenômeno como uma formatação patológica do comportamento do Estado e do Direito (PREUSS, 1989, p. 129).

Para Preuss, Kirchheimer, sob influência de Carl Schmitt, concede ao Direito o papel de reconhecer a ordem definida pela política, e aos tribunais o de fazê-lo valer em decisões vinculantes. A eles não caberia decidir qual Direito aplicar, mas qual

⁹ Do original em alemão: Kirchheimer entdeckte die „politische Justiz“ nicht als eine bloße „Entartung“ der Justiz in der Diktatur, die in einer „naiven“ Sicht der Dinge einfach mit der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Verhältnisse beseitigt werden könnte, sondern als notwendigen, nicht hintergehbaren und damit wesensmäßigen Bestandteil des Rechtsstaats – sozusagen als seine „dunkle Seite“ (OOYEN, 2011, p. 243)

conteúdo o Direito em vigor tem e, assim, sanar incertezas jurídicas (PREUSS, 1989, p. 130-131). A justiça política, ao suspender os direitos de determinados inimigos políticos da ordem, configuraria, então, uma contradição ao próprio papel da jurisdição.

Nesse sentido, propõe Preuss uma complexificação da definição de Kirchheimer de justiça política:

Justiça política não é caracterizada pela contradição *externa* de perseguir objetivos políticos nas formas de procedimentos judiciais, mas sim pela contradição *interna* de que uma sentença judicial representa simultaneamente um reconhecimento do direito vigente e, através dele, decide sobre qual direito deve ser aplicado (1989, p. 131, tradução do autor)¹⁰.

A justiça política, portanto, seria a luta estratégica pela validade do Direito na forma de interpretação objetiva e neutra do direito válido (PREUSS, 1989, p. 137) e invadiria o campo da política, da pré-legalidade, de definição das próprias condições da legalidade, para isolar o que não é compatível com a ordem do regime e impor-lhe sanções jurídicas e retirar direitos. Em outras palavras, a justiça política seria o ato de demarcação e exclusão da normalidade da ordem política de forma judicial (PREUSS, 1989, p. 134).

Preuss, assim como os demais autores já colacionados, reconhece, todavia, que a justiça política é uma forma de resolução de dissidências políticas que representa um progresso frente às suas alternativas - guerra civil, assassinato político, tortura ou psiquiatrização de inimigos. O aspecto negativo, para ele, refere-se à quando:

[...] os critérios de decisão e sanções característicos da justiça ordinária são confiados à justiça política. Então, a forma judicial cria a aparência de que a incerteza sobre a lei aplicável é resolvida pelo veredito, enquanto, na verdade, trata-se da definição autêntica dos fundamentos da ordem política, ou seja, do que é válido antes de toda legalidade (1989, p. 134, tradução do autor)¹¹.

¹⁰ Do original em alemão: "Politische Justiz ist daher nicht durch den äusseren Widerspruch der Verfolgung politischer Zwecke in den Formen gerichtlicher Verfahren gekennzeichnet, sondern durch die innere Widersprüchlichkeit, dass ein gerichtliches Urteil gleichzeitig eine Erkenntnis über das geltende Recht und darüber, welches Recht gelten soll, darstellt; [...]" (PREUS, 1989, p. 134.).

¹¹ Do original em alemão: "Negative Assoziationen stellen sich bei diesem Begriff erst dann ein, wenn die für die politische Justiz charakteristischen Entscheidungskriterien und Sanktionen der ordentlichen Gerichtsbarkeit anvertraut werden. Dann entsteht durch die gerichtliche Form der Schein, es werde durch den Urteilsspruch eine Ungewissheit über das geltende Recht behoben,

Em síntese, parece-nos pacífico que justiça política representa caso exemplar do processamento de conflitos políticos pelo judiciário. Aqui, verifica-se certa identidade entre o que expressa Kirchheimer em “Justiça Política” e o diagnóstico realizado por ele nos anos 1930 quanto à mudança de função do Estado de Direito. Como já apontado neste trabalho, Kirchheimer já então identificava a mudança de função do Estado de Direito e seu papel nas sociedades contemporâneas de processar conflitos políticos entre os interesses antagônicos da sociedade (lá expressava textualmente os interesses da burguesia e do proletariado) por meio de sua formalização jurídica.

A reivindicação de neutralidade feita pelo Direito tornava as decisões de poder toleráveis e aceitáveis pelo conjunto da sociedade. Por isso, Kirchheimer já naquele momento identificava o processo de juridificação e a transformação do Direito em mecanismo jurídico de processamento das contradições de classe.

Em “Justiça Política”, todavia, Kirchheimer verbaliza essa questão em uma gramática menos marxista e parece não mais se satisfazer com a caracterização do Direito que o aproxima da compreensão de mera “justiça de classe”, mas parece mais dedicado em analisar mais detidamente o papel das instituições no Estados contemporâneos constitucionais democráticos. Nesse sentido, parece celebrar a “juridificação” dos conflitos entre amigo e inimigo, na medida em que estes estariam agora mais “civilizados” (KIRCHHEIMER, 1961, p. 429).

A questão da compreensão da justiça política como patologia ou como normalidade também merece atenção. Da obra “Justiça Política”, parece ser correta a interpretação de que Kirchheimer se dedica a apontar um comportamento inevitável das disputas políticas nos Estados constitucionais democráticos contemporâneos e não como patologia pontual. A posição sustentada por Ooyen, de que a justiça política seria um “lado sombrio” mas inevitável, parece mais próxima do que apresenta Kirchheimer em “Justiça Política”.

Kirchheimer (1961, p. 49) se esforça para desvelar o mito “inocente” de uma Justiça imparcial, que apenas aplica a lei para os casos que lhe são submetidos, e demonstrar que existem julgamentos políticos, que definem questões sobremaneira importantes para os rumos políticos em um determinado regime, e que são permeados por interesses de grupos antagônicos nessa disputa política (KIRCHHEIMER, 1961, p. 49).

À primeira vista, essa compreensão pode soar contraditória com a epígrafe da obra “Justiça Política”, em que o autor dedica a obra a “todas as vítimas de justiça política no passado, presente e futuro” e parece anunciar um panfleto de denúncia do fenômeno que não se confirma. Na verdade, parece que, para Kirchheimer, esse mero desvelamento e qualificação de um julgamento político já seria valioso para as vítimas de justiça política.

während es sich doch in Wirklichkeit um die authentische Festlegung der Grundlagen der politischen Ordnung handelt, d.h. um das, was vor aller Legalität gilt” (PREUS, 1989, p. 134).

4. JUSTIÇA POLÍTICA E LAWFARE

4.1. CONCEITO DE LAWFARE

Agora que já apresentado, ainda que brevemente, o menos difundido conceito de justiça política, para proceder à sua confrontação com o *lawfare*, passemos ao desenho dos contornos deste.

O termo assumiu acepções muito distintas ao longo da história e nos diferentes contextos em que foi utilizado. Werner (2010) e Gloppen (2017) identificam um dos primeiros sentidos do termo como crítica do direito ocidental a partir da perspectiva oriental. Conforme se resgata de obra de Carlston e Yeomans, *lawfare* seria utilizado para denunciar o uso individualista e acusatório do direito em sociedades ocidentais, em que se busca vencer e não descobrir a verdade, em uma disputa com palavras e não espadas (CARLSON; YEOMANS, 1975 *in* GLOPPEN, 2017).

Werner e Gloppen recuperam também o conceito de *lawfare* desenvolvido pelo major Charles Dunlap. Para este autor, a onipresença da lei nas questões militares contemporâneas criou oportunidades de lutar contra inimigos haja vista que a legalidade não só impõe limites à guerra, como também através dela se pode legitimar o uso de força militar, deslegitimar o inimigo e suplementar o uso da força com meios menos custosos. Dunlap sintetiza o conceito de *lawfare* como “a estratégia de usar – ou abusar – da lei como substituto de meios militares tradicionais para alcançar objetivos estratégicos” (DUNLAP, 2009, *in* WERNER, 2010, p. 66, tradução do autor¹²).

Gloppen, por fim, sintetiza *lawfare* como o uso estratégico de direitos, leis e litigância por atores de diferentes estratos para avançar em objetivos políticos e sociais em disputa (2017, p. 6, tradução do autor)¹³.

A autora propõe a classificação deste fenômeno em três grandes ramos: o *lawfare* de Estado; *lawfare* por atores na “sociedade política”; *lawfare* “de baixo”.

Este último, o *lawfare* dos “de baixo”, seria o praticado por atores da sociedade civil para estrategicamente pautar suas disputas por mudanças na hegemonia ideológica da sociedade, nas políticas públicas e transformações sociais diversas através de disputas judiciais.

O *lawfare* dos atores da “sociedade política” seria o promovido por atores envolvidos na disputa do poder político em sentido estrito (aqui em oposição à sociedade civil), como o uso de argumentos jurídicos por um partido de oposição na disputa pela implementação de determinada política pública, o acionamento do judiciário para analisar a constitucionalidade de uma proposição legislativa e demais formas de litigância para fazer avançar suas pautas políticas.

¹² No inglês original: “Dunlap defined ‘lawfare’ as the strategy of using - or misusing - law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective.” (DUNLAP, 2009 *apud* WERNER, 2010, p. 66)

¹³ No inglês original: “lawfare is understood as the strategic use of rights, law and litigation by actors of different breeds to advance contested political and social goals”.

Finalmente, o lawfare de Estado seria o empreendido pelo

governo e agentes do Estado, e inclui estratégias como aplicação seletiva da lei direcionada a grupos ou indivíduos tidos como problemáticos ou indesejados socialmente. Também é usado por regimes para permanecer no poder, por exemplo minando a capacidade da oposição de contestar eleições. As estratégias típicas incluem a adoção de medidas legais (como critérios de elegibilidade) direcionadas a desqualificar políticos em particular e prender líderes opositores por acusações mais ou menos forjadas, comumente de traição ou corrupção. (GLOPPEN, 2017, p. 7)

Siri Gløppen ainda destaca que, para ela, o conceito de lawfare deve ser usado como categoria analítica, apartada de juízos de valor. Fica nítido também que, para ela, lawfare não diz respeito a uma perversão do Estado de Direito, mas de uma expressão do atual estágio da relação entre política e direito (2017, p. 7).

No Brasil, marco recente e relevante na teorização sobre o conceito de *lawfare* é o livro de Zanin Martins, Zanin Martins e Valim: "*Lawfare: uma introdução*". Nele, em esforço de densificar o conceito, os autores definem *lawfare* como sendo "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo" (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 26). O uso *estratégico* consistiria na combinação de três dimensões: a geografia; o armamento; e as externalidades.

A dimensão geográfica se expressaria na busca por uma jurisdição onde se suponha haver maior chances de êxito na condenação do acusado. A dimensão de armamento, por sua vez, diz respeito a busca pela escolha certa de dispositivos legais para fundamentar a futura condenação. Por fim, as externalidades consistiriam nos esforços para a criação de um ambiente externo aos tribunais favorável à condenação (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 53) a partir de três grandes eixos, com papel fundamental da mídia: a guerra de informações, com coleta e divulgação de informações sensíveis ao acusado, como aquelas que antecipem as ações de seus advogados; as operações psicológicas, motivadas a influenciar emoções e comportamentos de governos, organizações, grupos e indivíduos; e as operações de ilusão em que se maneja uma informação verdadeira de modo a que seja interpretada de forma diferente (2019, p. 64-72).

Para Zanin Martin, Zanin Martins e Valim, o uso estratégico de medidas jurídicas (legais ou ilegais) para atingir inimigos é visto nitidamente como patologia do nosso tempo, incompatível com o Estado Democrático de Direito:

[...] o manejo da violência do Direito como meio para impor a vontade a determinado inimigo é a própria negação do Direito e

dos direitos, ou, em outro dizer, o uso do Direito como instrumento de guerra é uma radical contradição. Podemos afirmar, por conseguinte, que o *lawfare* traduz um completo esvaziamento do Direito e, nessa medida, não configura uma categoria neutra, que ora pode ser empregada para fins louváveis, ora para fins reprováveis. *Lawfare*, em nosso entender, sempre terá caráter negativo, um fenômeno que sepulta o Direito. (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 26).

Passa-se, agora, à sobreposição dos conceitos de justiça política e *lawfare* a fim de identificar suas identidades e diferenças.

4.2. JUSTIÇA POLÍTICA VS LAWFARE

As definições de *lawfare* e justiça política se assemelham em diversos aspectos. Tanto *lawfare* como definido por Gloppen e por Zanin Martins, Zanin Martins e Valim quanto justiça política conforme definido por Kirchheimer trazem em si o caráter estratégico do uso do direito para fins políticos. Com estratégico, entenda-se tanto o fato de ser uma ação orientada para determinado objetivo - neste caso, um objetivo político - quanto o fato de que este uso está subordinado a uma estratégia e, portanto, sujeito a juízos táticos de oportunidade.

Também ambos os conceitos segundo os referidos autores identificam a seleção dos atos normativos a serem utilizados para a persecução como algo relevante. Kirchheimer utiliza desse critério para classificar os diferentes processos políticos. Nessa classificação, ao lado dos crimes tradicionais, dos crimes políticos e dos crimes fabricados, aparecem os crimes políticos que atentam indiretamente contra a ordem estatal, fruto da criatividade do regime de construir tipificações cada vez mais alargadas nas sociedades contemporâneas, com tipos com alto grau de subjetividade em sua interpretação, que facilitam o enquadramento de condutas de seus inimigos.

Na construção do conceito de *lawfare*, Zanin Martins, Zanin Martins e Valim também identificam esse mesmo fenômeno. Para esses autores, a escolha do armamento para a batalha de *lawfare*, ou seja, do ato normativo ou da norma indevidamente extraída do texto legal, também é fundamental. São escolhidos, portanto, conceitos vagos, manipuláveis facilmente e que podem ensejar medidas cautelares e investigatórias e vulneram gravemente a imagem do inimigo (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 38).

Também Gloppen, ao tratar de *lawfare* de Estado, identifica a utilização preferencial de crimes abertos e com alto grau e politização como traição e corrupção para enquadrar a conduta do adversário político indesejado (GLOPPEN, 2017, p. 7).

Ainda, ambos os conceitos, a partir destes autores, valorizam no processo de disputa jurídico-política o papel da construção de uma realidade que justifique a

medida judicial a ser tomada. Para Zanin Martins, Zanin Martins e Valim, essa realidade é montada com o apoio de meios externos ao Direito, com papel determinante creditado à mídia, que “cria um ambiente de suposta legitimidade para essa perseguição, gerada pela presunção de culpabilidade do inimigo escolhido” (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019 p. 53). Para Gloppen, também, quando se trata de *lawfare* de Estado, é necessária uma atuação na sociedade que o viabilize. Podem ser utilizadas campanhas midiáticas, estigmatização, campanhas eleitorais focadas na questão jurídica em disputa, entre outras ferramentas (2017, p. 8).

Também Kirchheimer identifica os meios de comunicação de massa como ferramentas fundamentais de disputa política à disposição e a sua capacidade de interação com a disputa judicial, potencializando-a:

Os meios de comunicação modernos não restringem a participação ou a reação a um julgamento aos presentes [...]. Se os participantes quiserem, procedimentos podem ser atirados abertamente para o mundo todo. As dinâmicas de tal empreendimento [...] configura uma nova arma política. Tal mobilização da opinião pode permanecer um mero subproduto do procedimento judicial; mas pode – e nos tempos modernos o tem sido frequentemente – ultrapassar o objetivo original do procedimento judicial, a autenticação (1961, p. 7, tradução do autor)¹⁴.

183

Todavia, emerge entre os dois conceitos uma primeira grande diferença relevante quanto aos sujeitos dos fenômenos que buscam descrever.

Para Zanin Martins, Zanin Martins e Valim, *lawfare* é o “uso estratégico do direito para deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 26). Resta nítido, portanto, que para eles *lawfare* se dá entre dois atores políticos antagônicos, inimigos, mas os autores não avançam na qualificação desses inimigos nem na posição relativa que um ocuparia em relação ao outro.

Quanto à justiça política, a questão dos sujeitos envolvidos é alçada ao centro da definição do conceito. Kirchheimer destaca que a relação assimétrica de poder

¹⁴ Do original em inglês: “Modern means of communication do not restrict participation in or reactions to a trial by those present and, with some delay, by a wider educated public. If the participants wish, proceedings may be thrown open to virtually the whole world. The dynamics of such an undertaking –the vicarious participation of a virtually unlimited public in the unfolding of political reality, recreated and severely compressed for trial purposes into categories within easy reach of the public's understanding—fashions a new political weapon. Such mobilization of opinion may remain a mere by-product of judicial proceedings; but it may and in modern times frequently has superseded the original goal of judicial proceedings, authentication. At the same time it may destroy the proceedings' inherent limitations”.

entre acusador e a vítima é de fundamental importância para caracterizar justiça política. Se trata de uma ação do regime contra seus inimigos, em nítida referência à tradição schmittiana. Nas palavras de Kirchheimer, um é o “detentor de poder” e o outro é a “vítima”.

Em termos parecidos formula Gloppen quando caracteriza uma espécie de *lawfare*, o *lawfare* de Estado. Esta modalidade de *lawfare*, para a autora, como já visto, é empreendida por “governo e agentes do Estado, e inclui estratégias como aplicação seletiva da lei direcionada a grupos ou indivíduos tidos como problemáticos ou indesejados socialmente” (GLOPPEN, 2017, p. 8).

Ainda, também se verificam nuances nos conceitos e nos entendimentos dos autores aqui utilizados como referência quanto à compreensão da relação do fenômeno do manejo do direito para fins políticos com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Para Zanin Martin, Zanin Martins e Valim, como já visto, *lawfare* teria sempre conotação negativa, sendo uma patologia incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Como já explorado neste trabalho, tanto *lawfare* de Estado conforme conceitua Gloppen quanto justiça política conforme Kirchheimer não seriam uma patologia pontual. Para Kirchheimer, justiça política seria uma característica inerente ao direito nas sociedades contemporâneas mediante o seu próprio movimento de expansão, passando a gerir cada vez mais os conflitos não só interpessoais e restritos ao interesse das partes envolvidas, mas políticos. Nos termos do “jovem Kirchheimer”, justiça política seria uma expressão da “juridificação” e do direito como “mecanismo jurídico”.

Ainda, Kirchheimer não parece conceder tanta importância à questão dogmática quanto ao respeito pleno ou não das normas jurídicas pelas medidas tomadas judicialmente contra os inimigos para que se verifique a ocorrência a justiça política. Destaca, por óbvio, como já dito, que em um Estado Democrático de Direito constitucional atuam as garantias constitucionais como contrapeso e obstáculo ao ímpeto dos acusadores em caso de um processo político. Entretanto, o autor parece conformado que essa questão é contingente e objeto exatamente das disputas políticas travadas dentro do tribunal e ecoadas para fora dele. O que caracteriza a justiça política não é se as medidas tomadas são legais ou ilegais, mas os sujeitos envolvidos, os interesses em jogo e a intenção da acusação em obter vantagens políticas sobre um inimigo.

Assim, a definição de Kirchheimer se assemelha bastante ao conceito de *lawfare* de Estado cunhado por Siri Gloppen ao passo que apresenta diferenças relevantes com o conceito de *lawfare* conforme apresentado por Zanin Martins, Zanin Martins e Valim.

5. CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, restaram apresentados os contornos principais do conceito de justiça política desenhado por Otto Kirchheimer e sua classificação. Foram trazidas, também, diferentes leituras sobre a obra, assim como realizado o seu confronto com o conceito de *lawfare*.

Evidenciou-se ser justiça política, para Otto Kirchheimer, a utilização de processos judiciais para prejudicar inimigos políticos, podendo estes processos serem classificados em processos de crimes comuns, crimes propriamente políticos, crimes que atentam indiretamente contra a ordem estatal e crimes políticos fabricados.

Confrontadas diferentes interpretações da obra do autor, concluiu-se ser justiça política, para Kirchheimer, uma expressão inexorável dos conflitos políticos incorporados pelo direito nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, e não uma patologia pontual.

Ao colocar justiça política lado a lado com *lawfare*, evidenciaram-se algumas semelhanças em suas definições como o caráter estratégico do processo visando fins políticos, o fator importante da escolha do ato normativo a ser utilizado para a obtenção da vantagem política e o papel da mídia em difundir a realidade construída no tribunal.

Verificou-se, todavia, que ambos os conceitos não se confundem. Há diferenças na compreensão do tipo de relação entre atores políticos que caracterizaria cada um dos fenômenos. Justiça política seria verificável entre o regime e seus inimigos, em uma relação assimétrica entre detentores de poder e contestantes do poder. No caso de *lawfare*, compõe o seu conceito apenas o elemento conflitivo entre os dois atores envolvidos, ausente o aspecto da posição política ocupada por cada um, sendo possível, em tese, que esta relação seja horizontal ou até mesmo seja o *lawfare* perpetrado aqueles menos poderosos.

Nada obstante, Siri Gloppen, como visto, apresenta uma espécie de *lawfare*, o *lawfare* de Estado, que se assemelha da compreensão de Justiça Política na medida em que descreve o fenômeno da utilização do Direito pelo Estado e por governos para atacar sujeitos indesejados.

Outra nuance importante nos entendimentos dos autores trazidos neste trabalho é quanto à caracterização da relação dos dois fenômenos com o Estado Democrático de Direito. O autor alemão entende ser justiça política uma ferramenta à disposição daqueles em disputa pelo poder político nas democracias constitucionais contemporâneas e assim parece entender também Siri Gloppen. Por outro lado, os brasileiros diagnosticam *lawfare* como um fenômeno negativo, de perversão do direito e seu esvaziamento, que ao fim sepulta o próprio direito.

Por fim, cabe ressaltar que a visão de Kirchheimer apresenta desafio à Teoria do Direito e do Estado quanto à convivência do Estado Democrático de Direito com a justiça política. À primeira vista, nos parece que se abre campo de pesquisa quanto a eficiência dos “obstáculos” apresentados pela constituição ao ímpeto destruidor

do dissenso político, seja no ponto de vista do conteúdo legislativo, seja na arquitetura e funcionamento das instituições, para que as garantias constitucionais assegurem o espaço de convivência democrática, questão fundamental para as democracias contemporâneas.

REFERÊNCIAS

BUCHSTEIN, Humertus. Otto Kirchheimer and the Frankfurt School: failed collaborations in the search for a critical theory of politics. **New German Critique**, v. 47, n. 2, p. 81-106, ago. 2020.

BUCHSTEIN, Hubertus. The Godfather of Left-Schmittianism? Otto Kirchheimer and Carl Schmitt after 1945. **Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory**, n. 24(1). p. 4–26, jul. 2021.

BUCKEL, Sonja. **Subjektivierung und Kohäsion**: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. 2. ed. Weilerswist: Vielbrück Wissenschaft, 2015.

CERQUEIRA, João Ricardo dos Reis Cavalcante. **Lawfare e democracia no Brasil Contemporâneo**: uso predatório do direito e o caso Lula. 2022. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2022.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing lawfare: a typology and theoretical framework. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork. Acesso em: 25 mar. 2023.

HACKLER, Ruben; HERRMANN, Lucia. **Political Justice in the making**: Otto Kirchheimer and his late work in historical perspective. v. 19. n. 2. Manchester: *Redescriptions*, 2016.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Johnathan (org.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 503-552.

KIRCHHEIMER, Otto. Weimer... e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar. Trad. Bianca Tavolari. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 1512-1553, 2019.

KIRCHHEIMER, Otto. Legality and legitimacy (1932). In: SCHEUERMAN, William E (org.). **The Rule of Law under Siege**: selected essays of Franz L.



Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996, p. 44-63.

KIRCHHEIMER, Otto. Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy. *In*: SCHEUERMAN, William E (org.). **The Rule of Law under Siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996, p. 64-99.

KIRCHHEIMER, Otto. State structure and law in the Third Reich (1935). *In*: SCHEUERMAN, William E (org.). **The Rule of Law under Siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996, p. 142-171.

KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in national socialist Germany (1940). *In*: SCHEUERMAN, William E (org.). **The Rule of Law under Siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996, p. 172-194.

KIRCHHEIMER, Otto. The Rechtsstaat as magic wall (1967). *In*: SCHEUERMAN, William E (org.). **The Rule of Law under Siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996, p. 243-264.

187

KIRCHHEIMER, Otto. **Politische Justiz**. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1981.

KIRCHHEIMER, Otto. **Political Justice**: the use of legal procedures for political ends. Princeton: Princeton University Press, 1961.

KIRCHHEIMER, Otto. Mudança de significado do parlamentarismo (1928). Trad. Bianca Tavolari. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 23, n. 01, p. 155-160, jan./jun. 2018.

KIRCHHEIMER, Otto. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do Bolchevismo (1928). Trad. Bianca Tavolari. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 23, n. 01, p. 161-178, jan./jun. 2018.

MACHADO, Máira Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Otto Kirchheimer: uma contribuição à crítica do Direito Penal (levando o Direito Penal a sério). *In*: NOBRE, Marcos (org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 117-136.



OOYEN, Robert Chr van. Die dunkle Seite des Rechtsstaats: Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ zwischen Freund-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung. *In*: van Ooyen; Schale, Frank (org). **Kritische Verfassungspolitologie. Das Staatsverständnis von Otto Kirchheimer**, Baden-Baden, 2011, p. 199–224.

PREUSS, Ulrich K. **Politische Justiz im demokratischen Verfassungsstaat**. *In*: Luthardt, Wolfgang; Sollner, Alfons (org). **Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus: Otto Kirchheimer zum Gedächtnis**. Opladen: Westdeutscher Verlag 1989.

RIBEIRO, Douglas Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Otto Kirchheimer entre passado e presente**. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 85-112, 2018.

RIZZI, Ester Gammardella. **Democracia e Transformações Sociais no Estado Parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

RIZZI, Ester Gammardella. **Origens da Juridificação: Direito e teoria crítica**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

188

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SCHEUERMAN, William E. (org.). **The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer**. Berkeley: University of California Press, 1996.

TAVOLARI, Bianca. Weimar... e então? Uma breve apresentação ao texto de Otto Kirchheimer. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 1500-1511, 2019.

TRIBE, Keith. Introduction to Kirchheimer. **Economy and Society**, v. 12, n. 1, fev. 1983.

WERNER, Wouter G. The curious career of lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 61-72, 2010.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.



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

