



Título: Lawfare: uma reflexão sobre o seu sentido original e os sentidos criminológicos que lhe são atribuídos.

Autora: Vanessa Chiari Gonçalves¹

Resumo: O artigo se propõe a estudar o conceito de lawfare na literatura estadunidense para analisar a sua aplicabilidade e os múltiplos sentidos que a criminologia tem atribuído ao fenômeno da guerra jurídica. Nesse contexto, propõe o seguinte problema de pesquisa: em que medida é possível falar no uso de lawfare no âmbito do Direito doméstico, intranacional, praticada contra um indivíduo em particular? Adota como metodologia a revisão bibliográfica, partindo do estudo do caso envolvendo o julgamento do presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da Operação Lava Jato (caso triplex) e a sua interferência nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil. Conclui que o desvio de finalidade da Operação Lava Jato em Curitiba, com o intuito de direcionar o destino político do Brasil nas eleições presidenciais de 2018, configura malicioso lawfare. Essa estratégia tem representado um grave perigo para as jovens democracias da América Latina, incluindo a brasileira.

Palavras-chave: Malicious lawfare; democracia; Operação Lava Jato; Criminologia Crítica; soberania.

Title: Lawfare: a reflection on its original meaning and the criminological meanings attributed to it.

Abstract: This article aims to study the concept of lawfare in American literature to analyze its applicability and the multiple meanings that criminology has attributed to the phenomenon of legal warfare. In this context, it proposes the following research problem: to what extent is it

¹ Professora Associada de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Ciências Penais e do quadro permanente de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: vanessa.chiari@ufrgs.br





possible to speak of the use of lawfare in the context of domestic, intranational law, practiced against a particular individual? It adopts a bibliographic review as its methodology, starting from the study of the case involving the trial of President Luiz Inácio Lula da Silva within the scope of Operation Lava Jato (Triplex case) and its interference in the 2018 presidential elections in Brazil. It concludes that the misuse of the purpose of Operation Lava Jato in Curitiba, with the intention of directing Brazil's political destiny in the 2018 presidential elections, constitutes malicious lawfare. This strategy has represented a serious danger to the young democracies of Latin America, including Brazil.

Malicious lawfare; democracy; Operation Lava Jato; Critical Criminology; sovereignty.

1. Introdução

O conceito de *lawfare* foi introduzido nas discussões criminológicas brasileiras, a partir da importação realizada pela defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da Operação Lava Jato. Ainda que essa expressão tenha sido desenvolvida no contexto da doutrina estadunidense envolvendo as relações internacionais entre as Nações, na América Latina o seu uso tem sido ampliado.

A fim de problematizar o seu sentido e o uso contemporâneo da noção de guerra jurídica, este artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida é possível falar no uso de *lawfare* no âmbito do Direito doméstico, intranacional, praticada contra um indivíduo em particular?

Para responder ao problema, o artigo adota como metodologia a revisão bibliográfica, partindo do estudo do caso envolvendo o julgamento do presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da Operação Lava Jato (caso triplex) e a sua interferência nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil. Isso porque as condenações por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em primeira e segunda instâncias, do ex-presidente na época, impediram a sua candidatura à presidência da República em 2018.

Com a vitória da extrema direita no Brasil, o juiz responsável pela condução do processo judicial deixou a magistratura para assumir a posição de Ministro da Justiça do novo governo. A seletividade na atuação do referido magistrado e a sua contaminação político-



partidária já eram percebidos pelos juristas da área criminal que observavam tanto a prática de ações ao arpejo das leis quanto o teor da fundamentação de suas decisões.

No entanto, somente em 2021, ao julgar o Habeas Corpus 164.493 PR, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a suspeição do juiz determinando a anulação de todos os seus atos, no âmbito da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal.

O artigo está dividido em cinco partes. Na primeira parte, analisa-se o conceito de *lawfare*, de acordo com a literatura estadunidense que está na origem de sua teorização. Na segunda parte, desenvolve-se o conceito de *malicious lawfare*. Na terceira parte, verifica-se a aplicabilidade dessa categoria no âmbito doméstico tomando como referência o caso do presidente Lula. Na quarta parte, apresenta-se a síntese da decisão do STF no HC 164.493PR que reconheceu a parcialidade do ex-magistrado Sérgio Moro. Por fim, apresentam-se as conclusões.

2. Definindo *Lawfare*: entre a origem e os seus múltiplos sentidos.

Ainda que a expressão *lawfare* tenha sido difundida no Brasil e na região a partir da defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em especial no caso triplex do Guarujá, como uma guerra jurídica contra um opositor político no âmbito de processos penais, a referida expressão não encontra a sua origem no contexto das ciências criminais.

Na verdade, a estratégia de *lawfare* (guerra jurídica) começou a ser problematizada há alguns anos no contexto das relações internacionais, enfatizando-se tanto o alcance dessa tática como as suas diferentes posições valorativas. Isso porque o Direito, na opinião de muitos autores, está-se tornando uma arma de guerra cada vez mais poderosa e predominante. As razões para esse desenvolvimento incluem o aumento do número e do alcance de leis e de tribunais internacionais, o surgimento de organizações não-governamentais especializadas em leis sobre conflitos armados e em questões relacionadas a eles, a revolução da tecnologia da informação e o avanço da globalização e, portanto, da interdependência econômica (KITTRIE, 2016, p. 1).



2.1 Origem e significado do termo *lawfare*

O termo *lawfare*² foi introduzido na literatura de relações jurídicas e internacionais, em novembro de 2001, por Charles J. Dunlap Jr., então coronel da Força Aérea dos Estados Unidos. Para Dunlap³, *lawfare* pode ser definida como a estratégia de “usar - ou abusar – do Direito como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional”. Muito embora Dunlap tenha difundido o termo *lawfare* ele não foi responsável pela sua invenção (KITTRIE, 2016, p. 2).

O primeiro uso do termo *lawfare* é atribuído a John Carlson e Neville Yeomans em *Where Goeth the Law - Humanity or Babarity*, um artigo publicado em 1975⁴. Esses autores estavam examinando o ressurgimento do direito humanitário, quando concluíram que “o direito substitui a guerra e o duelo ocorre com palavras e não com espadas” (BARTMAN, 2010, p. 2). Para os mesmos autores, a expressão *lawfare* representa tanto na forma como no significado a combinação das palavras *law and warfare*. Esse neologismo inventado por Carlson e Yeomans passou despercebido pelo âmbito jurídico e político até ser adotado por Dunlap no sentido de a utilização do Direito como estratégia de guerra contra o adversário no contexto das relações internacionais. Em seu ensaio, Dunlap afirmou que “*lawfare*, isto é, o uso do direito como arma de guerra, é a mais nova característica do combate do século XXI” (KITTRIE, 2016, p. 6).

É importante notar que a prática de *lawfare* combina uma sequência de ações estratégicas com o fim de enfraquecer o adversário. Recorre-se ao uso das leis do conflito armado e do direito humanitário, construindo argumentos questionáveis em processos judiciais de caráter internacional para alcançar fins políticos, militares ou econômicos. Um aspecto fundamental da *lawfare* é o trabalho para conquistar o apoio da opinião pública local ou global, por meio de construções de narrativas divulgadas como verdadeiras pelos meios de comunicação. Assim, há importante divergência doutrinária sobre a valoração ética dessa tática. Isso porque nos primeiros trabalhos sobre o tema, a *lawfare* aparece com uma conotação bastante negativa. No entanto, no decorrer do tempo, e com a incorporação gradativa do seu conceito no âmbito das relações internacionais, ela passa a ser percebida como uma prática

² A expressão *lawfare* em inglês não possui gênero. Alguns autores, na América Latina, têm atribuído o gênero masculino à expressão. No entanto, considerando que, em português, a expressão *lawfare* tem sido traduzida como guerra jurídica ou guerra pelo Direito, optou-se neste artigo por lhe atribuir o gênero feminino.

³ Disponível em: <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em 30/01/2024.

⁴ Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>. Acesso em 30/01/2024.





neutra e, até mesmo, positiva quando comparada à guerra cinética. É sobre essas diferentes interpretações quanto ao aspecto valorativo da *lawfare* que se tratará a seguir.

2.2 Os diferentes sentidos valorativos de *lawfare*

O próprio difusor da expressão *lawfare*, Charles Dunlap Jr, no seu primeiro ensaio sobre o tema, descrevia essa tática como altamente nociva para a segurança nacional dos Estados Unidos. Segundo o mesmo autor, “há evidências perturbadoras de que o Estado de Direito está sendo sequestrado em apenas uma outra maneira de lutar (*lawfare*), em detrimento dos valores humanitários, bem como da própria lei”. Na sua visão, essa estratégia estaria sendo usada pelos “inimigos dos Estados Unidos” que “não são mais capazes de confrontar seriamente - e muito menos de derrotar - o militarismo americano” e, por isso, recorrem à *lawfare* (KITTRIE, 2016, p. 6).

O conceito de *lawfare* foi interpretado pelos militares estadunidenses como uma das maiores ameaças potenciais contra o país porque representava o uso abusivo do direito humanitário (normas do conflito armado) por outras Nações como ferramenta contra os interesses estadunidenses. A *lawfare* foi descrita como arma assimétrica ou a “estratégia de usar ou abusar do direito como um substituto dos meios militares tradicionais para alcançar objetivos militares.” Essa definição foi gerada a partir de uma Mesa Redonda sobre Segurança Nacional, de 18 de março de 2003, convocada pelo Conselho de Relações Exteriores (BARTMAN, 2010, p. 2).

No mesmo sentido, um grupo de advocacia chamado *Lawfare Project* afirma que *lawfare* denota “o abuso de leis e sistemas judiciais ocidentais para alcançar fins estratégicos militares ou políticos” e insiste que *lawfare* “deve ser definida como um fenômeno negativo para ter algum significado real” (KITTRIE, 2016, p. 7). Chadwick Austin e Antony Barone Kolenc examinaram uma das faces dessa estratégia, nominando-a de “guerra de mídia” e aplicando-a diretamente ao Tribunal Penal Internacional (TPI). Para os seus propósitos, definiram *lawfare* como “exploradora de processos judiciais para alcançar objetivos políticos ou militares”. Eles se concentraram em métodos assimétricos usados por outros países para “explorar o TPI em relação especificamente aos Estados Unidos, usando indevidamente o processo investigativo, registrando queixas questionáveis ou fraudulentas e manipulando a mídia de massa.” A mídia era frequentemente usada (legitimamente ou de forma ilegítima)



para propor ao público a ideia de que um Estado estava lutando de forma ilegal ou imoral. Com isso, buscava-se enfraquecer o apoio da opinião pública necessário para a guerra. Christi Bartman também define *lawfare* como “a manipulação ou exploração do sistema legal internacional para suplementar objetivos militares e políticos” (BARTMAN, 2010, p. 3-4).

Jack Goldsmith escreveu em 2002 que “várias nações, ONGs, acadêmicos, organizações internacionais e outros na comunidade internacional estão tecendo uma teia de leis internacionais e instituições judiciais que hoje ameaçam os interesses governamentais dos EUA”. No entanto, essa perspectiva pejorativa da *lawfare* depende de uma visão de que o Direito será mal compreendido pela opinião pública internacional ou mal aplicado por quaisquer tribunais autorizados disponíveis. É uma visão que “corre o risco de rejeitar os valores democráticos e o Estado de Direito que buscamos defender” (TRACHTMAN, 2016, p. 269).

Ainda que existam vozes no sentido de classificar a *lawfare* como uma estratégia sempre negativa, tem prevalecido na literatura sobre relações internacionais a ideia de que a *lawfare* é neutra em termos valorativos. Assim, essa estratégia de usar a lei contra o adversário não seria intrinsecamente boa ou ruim, mas poderia ser “exercida por qualquer um dos lados em uma beligerância e usada para bons ou maus propósitos, dependendo da mentalidade daqueles que a exercem. Como o próprio Charles Dunlap Jr. explicou, em um artigo de 2011, a *lawfare* “enfoca principalmente as circunstâncias em que a lei pode criar efeitos iguais ou semelhantes aos normalmente buscados em abordagens convencionais de guerra”. No sentido da neutralidade valorativa da *lawfare*, também se posiciona Orde F. Kittrie (KITTRIE, 2016, p. 6-7).

Com essa perspectiva de neutralidade, Mosquera and Bachman analisam o conceito de *lawfare* no contexto da Guerra Híbrida (*Hybrid Warfare*)⁵. Trata-se da ocasião em que são utilizados métodos com "operações de influência" com o objetivo de “desinformar a opinião mundial (como a Rússia na Crimeia e agora na Síria) ou se tornar um poderoso multiplicador de forças (como os Jihadistas e o Daesh no Oriente Médio).” Esses métodos são antigos e

⁵ Hybrid War descreve um conflito “em que estados ou atores não-estatais exploram todos os modos de guerra simultaneamente usando armas convencionais avançadas, táticas irregulares, terrorismo e tecnologias disruptivas ou criminalidade para desestabilizar uma ordem existente”. Essas estratégias envolvem desde o combate ativo até o apoio civil” (MOSQUERA; BACHMANN, 2016, p. 66).





extremamente eficientes. Os mesmos autores chegam a discutir como usar a *lawfare* de forma afirmativa em apoio a objetivos próprios e evitar que oponentes com sucesso utilizem o Direito de forma maliciosa para seus próprios propósitos e objetivos” (MOSQUERA; BACHMANN, 2016, p. 65).

Para os mesmos autores, *lawfare* abrange tanto atividades afirmativas que reforçam o Estado de Direito (muitas vezes em um contexto defensivo) quanto o seu uso malicioso e abusivo (em um contexto ofensivo) por um adversário para alcançar objetivos estratégicos. Reconhece-se que a *lawfare* pode ser utilizada maliciosamente para erodir e deslegitimar o oponente, ignorando a lei ou mesmo abusando dela com a intenção de criar confusão na opinião pública interna e externa ou para contrapor qualquer proposição afirmativa. No entanto, a *lawfare* também pode ser utilizada de forma afirmativa, tendo se tornado “um elemento integrante de qualquer estratégia de guerra híbrida e seu uso afirmativo deve se tornar um elemento do pensamento e do planejamento militar ocidentais” (MOSQUERA; BACHMANN, 2016, p. 65).

Joel P. Trachtman apresenta uma visão otimista em relação à estratégia de *lawfare*. Para ele o campo de batalha legal é, em grande parte, uma arena funcional simbólica na qual “podemos nos referir a atividades legais que apoiam, enfraquecem ou substituem outros tipos de guerra como *lawfare*”. Assim, em virtude de sua “capacidade de apoiar, ordenar ou substituir a guerra convencional, a *lawfare* deve ser integrada na estratégia militar” (TRACHTMAN, 2016, 268).

A aplicabilidade do direito humanitário tradicional concorre com as novas leis sobre Direitos Humanos. Assim, “cada vez mais, o resultado de um argumento ou caso jurídico dependerá de como o caso é caracterizado ou estruturado. Isso fornece um incentivo para a criatividade legal - buscando enquadrar questões de maneiras inovadoras” e aproveitando as regras legais para defender o seu ponto de vista. Para além do aumento do número de regras legais, existe “uma proliferação de fóruns jurídicos com a possibilidade de aplicar regras diferentes ou as mesmas regras de forma diferente. O Tribunal Penal Internacional, que já é uma realidade, torna “possível o exercício da jurisdição universal ou de outra jurisdição ampla”. Além de ser um ambiente rico em leis, é também um ambiente favorável porque é rico em vigilância, no qual informações sobre possíveis violações e evidências de possíveis



violações estão muito mais disponíveis do que no passado. Desse modo, Joel Trachtman indaga:

O que Gaza e Ferguson, Missouri têm em comum? Ambas representavam circunstâncias nas quais as atividades cinéticas estavam sob escrutínio extraordinário devido à crescente disponibilidade de novas tecnologias de gravação, drones, satélites, mídia social e maior preocupação com a mídia tradicional. Registros governamentais de ação parecem menos seguros neste pós-Snowden do que no passado. Essas novas fontes de vigilância e evidência dão poder à argumentação e à acusação legal como nunca antes. (TRACHTMAN, 2016, p. 270- 271)

Assim, em sua forma mais atraente, a *lawfare* poderia ser usada no lugar da guerra cinética para impedir ou mesmo reverter uma guerra agressiva e restringir ações injustas, desde que houvesse possibilidade prática para isso. Nesse contexto, uma parte do planejamento da guerra deveria “incluir a questão de se as afirmações das leis contra a guerra agressiva, juntamente com as sanções disponíveis, serão suficientes para evitar uma guerra agressiva”. Uma estratégia abrangente de *lawfare* envolve “identificar maneiras de aumentar os custos não-cinéticos da guerra agressiva em circunstâncias em que custos adicionais possam induzir um oponente a se abster de lutar⁶” (TRACHTMAN, 2016, p. 271-272).

No entanto, Christi S. Bartman contrapõe essa noção de que a *lawfare* se pode restringir ao simples uso do sistema legal internacional para impor leis válidas. Na sua opinião, essa situação não poderia ser conceituada como *lawfare* porque essa estratégia pressupõe, necessariamente, um uso manipulador e explorador da legislação internacional. Ela não pode ser confundida com a preocupação “por reivindicações legais válidas de natureza humanitária trazidas por um Estado ou mesmo por alguns indivíduos que poderiam minar os objetivos americanos”. A Nação que afirma que os “Estados Unidos violaram a lei internacional sob uma dada circunstância válida estaria fazendo uma reivindicação legal e, portanto, não estaria

⁶ O mesmo autor acrescenta: “esse, aparentemente, não foi o caso quando a Rússia decidiu separar a Criméia da Ucrânia, mas a questão permanece: os oponentes da Rússia teriam encontrado uma maneira de ameaçar com elevados custos para fazer com que a Rússia se abstivesse de intervir? Uma maneira de aumentar os custos da agressão é evitar que o agressor confie em possíveis alegações da legalidade da intervenção. Isso é custoso em termos de reputação e, também, em termos de reciprocidade - pode ser mais difícil para um infrator convencer outros países a respeitar suas obrigações legais internacionais perante o infrator ou aceitar suas promessas no futuro. No caso da Criméia, a Rússia alegou que estava se engajando no direito de autodefesa em nome da minoria étnica russa na Crimeia, uma afirmação que ecoava a alegação de Hitler de proteger os alemães dos Sudetos na Tchecoslováquia”. Tradução livre (TRACHTMAN, 2016, p. 271-272).





manipulando o sistema, mas simplesmente buscando reparação legal por um erro”, ainda que existam motivos políticos simultaneamente. Esse uso legítimo do sistema judicial internacional ainda que combinado com uma declaração política e com a intenção de influenciar a opinião pública internacional, não atingiria o nível de *lawfare* criticado por Christi Bartman. Fazer uso do sistema de direito internacional para reagir a uma dada situação não se confunde com a manipulação premeditada e preventiva desse sistema (BARTMAN, 2010, p. 5-6).

Ainda assim, Joel Trachtman insiste que é possível ver a *lawfare* como, em circunstâncias particulares, uma substituta para a guerra cinética. Ela substitui a guerra quando fornece um meio pelo qual se pode compelir o comportamento especificado com menos custos do que a guerra cinética, ou mesmo nos casos em que a guerra cinética seria ineficaz (TRACHTMAN, 2016, p. 280-281). No mesmo sentido, posicionam-se Mosquera e Bachtman. Para esses autores, *lawfare* é, em geral, um método de guerra, como os outros, usando meios não-cinéticos e pretendendo influenciar o adversário em benefício de interesses estratégicos. A conotação negativa dessa estratégia estaria no seu uso para “desrespeitar os princípios e os fundamentos do Estado de Direito”. No seu sentido positivo, a *lawfare* pode ser utilizada para “reafirmar e fortalecer os princípios da lei”, atuando como “meio de lutar contra as próprias forças nocivas da guerra”. Seria, portanto, um método válido em operações de influência (MOSQUERA; BACHMANN, 2016, p. 73).

Importante salientar que, no Direito internacional, o princípio da boa-fé é fundamental, estando relacionado com as noções de comunidade, de tolerância e de confiança entre as Nações e os povos. A boa-fé nas relações internacionais engloba não apenas o respeito à literalidade das leis, mas ao seu espírito. Assim, caberia ao direito internacional construir mecanismos para tornar mais eficiente a sua atuação, de forma a evitar que a *lawfare* seja utilizada como estratégia nociva de subversão da legislação internacional e de quebra do princípio da boa-fé (MOSQUERA; BACHMANN, 2016, p. 83-84). Faz-se necessária, então, a diferenciação entre as categorias *lawfare* e *malicious lawfare*.

3. *Malicious lawfare*: uma proposta

Considera-se, neste artigo, *lawfare* como uma estratégia de disputa valorativamente neutra com potencial para permitir o uso das normas internacionais e do convencimento da



opinião pública como meio substitutivo das guerras cinéticas. Trata-se de uma tática que pode ter finalidade política, econômica ou militar, mas que, normalmente, ocorre no contexto de uma guerra híbrida. Para que essa estratégia tenha legitimidade, é necessário que os princípios e as regras do Direito internacional sejam rigorosamente cumpridos nas demandas judiciais. Considera-se que as pressões políticas e sociais e o uso das normas tanto no contexto do sistema global de proteção aos direitos humanos quanto no contexto dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos podem ser eficazes para a manutenção da paz mundial e da fraternidade entre os povos.

Para diferenciar o caráter neutro da tática de *lawfare* do seu uso abusivo e ilegal, optou-se por utilizar a expressão *malicious lawfare* (guerra jurídica maliciosa) neste artigo. *Malicious lawfare* consiste na adoção de estratégia abusiva com o intuito de manipular a opinião pública mundial ou regional com fundamento em mentiras ou em versões distorcidas dos fatos. Consiste, também, no descumprimento deliberado e premeditado das leis em prejuízo dos sistemas de justiça, configurando uma prática ilegal e antiética, que deve ser repudiada. Assim, é preciso diferenciar a estratégia de *lawfare* enquanto guerra por meio do Direito de *malicious lawfare*⁷ enquanto guerra jurídica para violar o Direito.

Na tradição jurídica estadunidense, a expressão *malicious* (malícia) pode ser conceituada como a “realização intencional de um ato ilícito sem justa causa ou desculpa, com a intenção de causar uma lesão” ou sob circunstâncias que indiquem a presença de má-fé ou má intenção (BLACK, 1968, p. 1109)⁸. Trata-se, portanto, de uma violação consciente e intencional da lei que, no Brasil e, em matéria penal, se confunde com o dolo direto.

Partindo-se das definições expostas, analisa-se a pertinência da adoção do conceito de *lawfare*, extraído das relações internacionais, no caso do sistema de justiça intranacional contra indivíduos em particular. Para isso, retoma-se a tese da defesa do presidente Luiz Inácio

⁷ A expressão *malicious lawfare*, apresentada neste artigo, embora não seja usual na literatura estadunidense, é apropriada para a finalidade de diferenciar o uso malicioso da estratégia de *lawfare* da concepção de *lawfare* como estratégia neutra em termos valorativos.

⁸ Como desdobramentos desse conceito mais amplo, pode-se falar em *malicious abuse of legal process*, *malicious accusation*, *malicious prosecution* and *malicious arrest*. Esses são conceitos importantes para a construção teórica que se pretende fazer nesta pesquisa. O abuso malicioso do processo penal pressupõe a má aplicação de um processo regular para alcançar um fim ilegal ou não previsto legalmente. A acusação maliciosa consiste em iniciar uma investigação ou acusação por motivos impróprios e sem causa provável. *Malicious prosecution* pressupõe processar alguém com a intenção de ferir o réu e sem causa provável. Por fim, *malicious arrest* consiste em determinar a prisão de alguém, intencionalmente, sem justa causa. (BLACK, 1968, p. 1110-1111)





Lula da Silva no sentido de que ele teria sido vítima de uma guerra jurídica promovida por órgãos do Ministério Público Federal em cumplicidade com o ex-magistrado Sérgio Moro.

4. *Malicious Lawfare* no direito doméstico

Uma das teses da defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, afirmava que ele foi vítima de *lawfare*, uma guerra judicial e midiática com motivações políticas no âmbito da Operação Lava Jato (MARTINS; MARTINS; VALIM, 2019). Tomando como referência essa tese defensiva, indaga-se: Em que medida é possível falar em *malicious lawfare* no âmbito do Direito doméstico, intranacional, praticada contra um cidadão em particular?

A exposição midiática indevida de indivíduos acusados da prática de crimes é, infelizmente, uma realidade em muitos países, incluindo o Brasil e os Estados Unidos. Tais práticas violam direitos e garantias fundamentais do cidadão e destroem a reputação de pessoas que ainda nem foram julgadas. Por isso, devem ser reprimidas pelo sistema de justiça e pelos órgãos de fiscalização e controle. Mas essas práticas indevidas consistem no que a doutrina já denomina de criminalização midiática (GOMES, 2015). Além disso, o caráter político do sistema de justiça criminal vem sendo denunciado há décadas pela própria criminologia crítica (BARATTA, 2002).

Nesse sentido, Eugénio Raúl Zaffaroni refere que o fenômeno de *lawfare* pertence à constelação maior das falsidades ou das denominadas *fake news*. Para um observador calmo não haveria nada de novo, apenas uma nova tecnologia de aplicação de um mecanismo antigo, utilizado com sucesso nos totalitarismos (2019, p. 9-11)⁹. No entanto, ao analisar o fenômeno mais de perto, tomando como referência o contexto latinoamericano, e os interesses dos países do Norte do mundo em relação aos países do Sul, percebe-se que as *fake news* têm maior tendência de se transformarem em *lawfare* na América Latina, onde os excluídos precisam ser controlados, por meio do enfraquecimento dos Estados Democráticos de Direito. Para o mesmo autor, em síntese,

⁹ Ressalta-se: “*Las noticias falsas crean realidad, porque la comunicación es un campo de lucha donde cada quien trata de crearnos la realidad conforme a sus intereses. Cuando alguien hegemoniza por completo el campo comunicacional, nos crea una única realidad, y eso ha pasado en todos los totalitarismos. Por otra parte, en la historia siempre ha habido guerra psicológica, tratando de desmoralizar al enemigo del modo más perverso imaginable*” (ZAFFARONI, 2019, p. 9-10).



lo que enfrentamos es un mundo cada vez más desigual. Si tenemos en cuenta que el modelo ideal del llamado Estado de derecho es aquel en que todos seríamos iguales ante la ley, es obvio que todo Estado real que se aproxime a este modelo ideal debe ser desbaratado por el poder de la riqueza que se concentra. En definitiva, de eso se trata: destruir el Estado de derecho, porque obstaculiza la creciente concentración de riqueza (ZAFFARONI, 2019, p 12-13)

A estratégia de *lawfare* na região agride e coloca em perigo a “democracia plural e os valores do velho liberalismo”. O totalitarismo financeiro estaria por trás da regressão dos Direitos Humanos, do desmonte dos Estados sociais de direito e da “perversión de las bases mismas de la propia democracia mediante la creación única de realidades, valida de las *fake news* y de su subcategoría de *lawfare*”. Haveria uma luta mundial contra os Direitos Humanos, por meio de uma nova tecnologia.¹⁰ O mesmo autor parte da ideia de que a estratégia de *lawfare* na América Latina pressupõe a combinação de interesses do capital financeiro internacional com o capital financeiro nacional (ZAFFARONI, 2019, p. 15-17)¹¹.

Entende-se, entretanto, que mesmo quando não há interferências externas e interesses internacionais envolvidos¹², seja possível falar em *malicious lawfare* como uma prática intranacional em diferentes sentidos. Do ponto de vista simbólico ou metafórico, pode-se utilizar a noção de *malicious lawfare* em qualquer conflito ou acusação levada à apreciação de um sistema de justiça criminal, seja ele doméstico ou internacional. Basta a intenção deliberada de falsear a realidade, distorcendo fatos para judicializar uma acusação contra alguém, manipulando midiaticamente o julgador e a opinião pública, com a finalidade de alcançar alguma vantagem de natureza política, militar ou econômica. É importante lembrar, entretanto, que a própria expressão *lawfare*, resulta da junção entre as expressões *law and warfare*. Em tese, não se admitiria que, em um Estado Democrático de Direito, um cidadão possa ser vítima de uma guerra protagonizada pelo Ministério Público dentro de um processo penal. Conseguisse imaginar tal situação apenas no contexto de um estado de exceção ou de uma ditadura declarada ou velada.

¹⁰ No mesmo sentido posiciona-se: ROMANO, 2019.

¹¹ Sobre o papel do “soberano supra-estatal difuso” (grandes empresas multinacionais) em Estados Democráticos permeáveis ler: CAPELLA, 2002, p. 262-265.

¹² Em 2020, o site The Intercept Brasil revelou possíveis irregularidades na cooperação internacional entre membros da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba e agentes do FBI. Esses fatos ainda precisam ser rigorosamente investigados, por isso não serão abordados neste artigo. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/12/lava-jato-driblou-governo-ajudar-americanos-doj/>. Acesso em 20/07/2024.





Jonathan Simon refere o forte apelo popular que a própria expressão “guerra contra o crime” possui e o protagonismo dos Promotores de Justiça na difusão dessa expressão. Para o mesmo autor, os Promotores de Justiça, há muito tempo, são titulares exclusivos e muito importantes tanto dentro do sistema de justiça criminal americano como do sistema de governo, com poderes profundos para representar a comunidade local como um todo. Nas últimas décadas, do século XX, “a guerra contra o crime transformou o promotor americano em um importante modelo de autoridade política, ao mesmo tempo em que deu a eles uma enorme jurisdição sobre o bem-estar das comunidades com pouca atenção à falta de responsabilidade democrática” (SIMON, 2007, p. 33).

Esse protagonismo dos Promotores, com poderes amplos de atuação na “guerra contra o crime”, promoveu mudanças legais que os transformaram nos funcionários “mais importantes do governo local com um tremendo potencial para afetar a vida dos cidadãos”. Com a expansão do papel do Promotor que, nos Estados Unidos, é eleito pela população e integra o Poder Executivo do distrito, o referido Poder “tornou-se fortemente ligado ao crime e às tecnologias políticas disponíveis para enfrentá-lo”. As consequências dessa visão são duras porque

à medida que os políticos bem-sucedidos trabalham para redefinir as políticas públicas como política criminal, começamos a ver uma variedade de figuras, incluindo promotores especiais e procuradores-gerais de cruzada, que competiram abertamente para assumir o cargo de procurador-chefe. Os verdadeiros promotores exercem um poder extraordinário, mas sobre o que é ou deveria ser uma jurisdição restrita e um conjunto limitado de funções governamentais. Mas a influência do promotor sobre a política e a cultura norte-americanas se estende para além de sua jurisdição, atualmente, distorcida por meio da construção de um modelo de liderança promotora, promovido tanto pela cultura popular quanto pela prática real. Esse modelo consiste em vários elementos que permeiam a imagem popular do promotor: 1. Procuradores defendem vítimas; 2. As vítimas só buscam que a verdade de sua violação seja reconhecida e validada pelo grau de punição imposto a seus infratores; 3. Os promotores, por si só, podem ajudar as vítimas a realizar esses objetivos, e o fazem apenas buscando aumentar o isolamento social e a distância moral dos acusados ou suspeitos de crimes. (SIMON, 2007, p. 36-37)

Nesse contexto, a chance de um acusado se defender de forma eficiente em um processo penal torna-se mais difícil, especialmente quando os direitos e as garantias processuais são relativizados sob o argumento de que se está a travar uma guerra contra o crime e contra o inimigo interno. O apelo midiático também influencia muito a opinião pública. Casos



de linchamentos midiáticos contra certos acusados da prática de crimes ainda são uma realidade no lento processo civilizacional brasileiro.

Apesar disso, entende-se que a prática de *malicious lawfare*, por trazer em seu conceito um sentido real de guerra, só pode ocorrer quando estiverem em jogo interesses políticos (que podem ter finalidades econômicas, geopolíticas, entre outras) ou militares, tratando-se de um ataque contra a autoridade soberana de uma Nação que, na ordem jurídico-constitucional brasileira, pertence ao povo e é exercida nos limites da Constituição da República. É importante notar que mesmo numa situação de guerra civil, em que não há interferência de outro país, existem interesses políticos em disputa podendo haver um ataque à autoridade soberana e aos Direitos Humanos. Como dedução, seria possível falar em prática de *malicious lawfare* no direito doméstico desde que ficasse demonstrado o ataque à soberania popular do país e às bases do Estado Democrático de Direito. A ampliação da noção de lawfare para além desses limites produz o efeito de banalizar um tipo de manipulação do sistema de justiça criminal que enfraquece a própria soberania. Além disso, entra em choque com o seu sentido original. Como decorrência dessa conclusão, parte-se para a síntese da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 164.493 PR.

5. O Habeas Corpus 164.493 PR

Como já foi referido, a defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva introduziu o debate sobre guerra jurídica no Brasil ao afirmar que o tratamento que lhe foi dispensado, no contexto da Operação Lava Jato, permite afirmar que ele teria sido vítima de *lawfare*¹³. Salienta-se que a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro no caso triplex já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Habeas Corpus 164.493 PR, concluído em 2021. Em síntese, os ministros da Segunda Turma do STF, por maioria, consideraram como fundamentos para a quebra da imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro sete fatos anteriores à impetração do Habeas Corpus (BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

O primeiro fato indicador da parcialidade do magistrado, na época, consiste em decisão, “datada de 4 de março de 2016, que ordenou a realização de uma espetaculosa condução

¹³ Sobre a referida tese defensiva consultar: ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contraconcorrente, 2019.



coercitiva do então investigado, sem que fosse oportunizada previamente sua intimação pessoal para comparecimento em juízo, como exige o art. 260 do CPP”. Tal atitude do magistrado, sem base legal, foi considerada pela mesma Corte violadora dos preceitos constitucionais do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação, tendo propiciado uma exposição atentatória contra a dignidade do investigado (ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.6.2018, DJe 22.5.2019).

O segundo fato demonstrativo da atuação parcial do ex-juiz consistiu na flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente, na medida em que houve quebra de seus sigilos telefônicos, de seus familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas. O terceiro fato indicativo da parcialidade do julgador traduz-se na divulgação de conversas obtidas em interceptações telefônicas do paciente com familiares e terceiros. Os vazamentos se deram em 16 de março de 2016, “momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República” e uma conversa sua com a presidente Dilma Rousseff foi veiculada fora de contexto para induzir o telespectador em erro interpretativo (BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

O quarto fato indicativo da quebra de imparcialidade aconteceu em 2018, quando o magistrado atuou para que não fosse dado cumprimento à ordem do Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rogério Favreto, que concedera ordem de habeas corpus para determinar a liberdade do ex-Presidente Lula (HC 5025614- 40.2018.4.04.0000 – Doc. 30), de modo a possibilitar-lhe a participação no “processo democrático das eleições nacionais, seja nos atos internos partidários, seja na ações de pré-campanha”. Nesse contexto, “mesmo sem jurisdição sobre o caso e em período de férias, o ex-Juiz Sergio Moro atuou intensamente para evitar o cumprimento da ordem, a ponto de telefonar ao então Diretor-Geral da Polícia Federal Maurício Valeixo e sustentar o descumprimento da liminar”, a fim de manter a prisão do acusado a qualquer custo (BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

O quinto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado coincide com a prolação da sentença na ação penal do chamado Caso Triplex. Ao proferir a sentença condenatória, o ex-Juiz Sergio Moro fez constar claramente que, “em sua percepção, a defesa teria atuado de modo agressivo, com comportamentos processuais inadequados, visando a ofender-lhe”. Diante disso, alegou que “em relação a essas medidas processuais questionáveis



e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP (‘a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criála’)” (BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

O sexto fato indicador da violação do dever de independência da autoridade judiciária consiste na decisão tomada pelo ex-magistrado, em 01 de outubro de 2018, de ordenar o “levantamento do sigilo e o traslado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada para os autos da Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000 (instituto Lula)”. Além disso, “os termos do acordo foram juntados cerca de 3 (três) meses após a decisão judicial que o homologou, para coincidir com a véspera das eleições”. Por fim, “tanto a juntada do acordo aos autos quanto o levantamento do seu sigilo ocorreram por iniciativa do próprio juiz, isto é, sem qualquer provocação do órgão acusatório”(BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato “de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição” de Jair Bolsonaro como Presidente da República, que há muito despontava como principal adversário político do paciente”. Assim, Sergio Moro “decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva”, tenho sido “diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente” (BRASIL. STF, HC 164493, 2021).

Em apertada síntese, esses foram os argumentos centrais que constam, inclusive, na ementa do julgado, para que a ordem de habeas corpus fosse concedida com o reconhecimento da suspeição do ex-juiz, o que implicou a anulação de todos os atos decisórios praticados por ele, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal.

O caso em questão é paradigmático, não apenas por ter a defesa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva importado a expressão lawfare” para o âmbito das ciências criminais, mas também porque a atuação parcial do ex-magistrado Sérgio Moro, de fato, interferiu no resultado das eleições presidenciais de 2018, consistindo em um ataque à própria soberania popular e não apenas à pessoa do atual presidente, que era candidato na época e foi impedido de concorrer.

6. Conclusão





A expressão *lawfare* foi pensada no âmbito da doutrina estadunidense sobre relações internacionais para designar a atuação de Nações junto aos Tribunais Internacionais a fim de fazer valer direitos ou interesses geopolíticos, militares ou econômicos por meio do uso massivo de propaganda para o convencimento da opinião pública nacional ou internacional.

Considerando-se que existe divergência quanto à legitimidade do uso da guerra jurídica como substitutiva das guerras cinéticas tradicionais, este artigo propôs a adoção da expressão Malicious Lawfare para representar o seu sentido violador do Direito. No entanto, a expressão chega ao Brasil para designar a perseguição por meio do processo penal de adversários políticos ou ideológicos.

Ainda que se possa atribuir um sentido simbólico ou metafórico à Malicious Lawfare, conclui-se que, mesmo em seu sentido original, no contexto das relações internacionais, é possível responder afirmativamente ao problema de pesquisa: em que medida é possível falar no uso de *lawfare* no âmbito do Direito doméstico, intranacional, praticada contra um indivíduo em particular?

Nesse sentido, o caso do presidente Lula é emblemático, uma vez que a quebra do princípio da imparcialidade judicial resultando em uma condenação sem base probatória e aliada à estratégia de manipulação midiática da opinião pública, resultou na impossibilidade de o acusado participar das eleições presidenciais de 2018, estando à frente nas pesquisas de intenção de voto e, com isso, representando mais do que um ataque a um adversário político em particular, mas em um ataque à própria soberania popular brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARTMAN, Christi Scott. **Lawfare: Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments**. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2010.
- BLACK, Henry Cambell. **Black's Law Dictionary**. 4.ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1968.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em HC 164493**. Relator(a): EDSON FACHIN, Redator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe106 DIVULG 02-06-2021 PUBLIC 04-06-2021.



- CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARLSON, John; YEOMANS, Neville. *Whither Goeth the Law: Humany or Barbarity*. In: Smith, M. & Crossley, D. (eds.), *The Way Out - Radical Alternatives in Australia* Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>.
- DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Working Paper. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government, Harvard University. Washington, D.C., 29 de novembro de 2001. Disponível em: <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>
- GLEZER, Rubens (orgs.). *Transformação Constitucional e Democracia na América Latina*. São Paulo : FGV Direito SP, 2017, p. 13-119.
- GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal**: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Sobre a dosimetria da pena privativa de liberdade**. In: PRONER, Carol et al. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 515-519.
- KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LYRA, Rubens Pinto. **Os conselhos de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa**. *Revista de informação legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996.* Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176437/000509901.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- MOSQUERA, Andres B. Munoz; BACHMANN, Sascha Dov. *Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare*. *Journal of international humanitarian legal studies*. Nova York, v. 7, p. 63-87, 2016.
- PRONER, Carol et al. (orgs). **Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017.
- ROCHA, Jorge Bheron. **A dosimetria da pena aplicada a Lula**: análise à luz da Constituição e da Ciência Penal Moderna. In: PRONER, Carol et al. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 231-236.
- ROMANO, Silvina M. (comp.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires: Mármol-Izquierdo Editores, 2019.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.
- SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime**: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Nova York: Oxford University Press, 2007.



TRACHTMAN, Joel P. *Integrating Lawfare and Warfare*. Boston College International & Comparative Law Review, Boston, v. 39, p. 267-282, 2016

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Prólogo**. IN: ROMANO, Silvina M. (comp.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires: Mármol-Izquierdo Editores, 2019, p. 9-17.

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