

LAWFARE: UMA INTRODUÇÃO AO TEMA E UMA APROXIMAÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA

LAWFARE: AN INTRODUCTION AND AN APPROXIMATION TO THE BRAZILIAN REALITY

ERICA DO AMARAL MATOS

Mestranda em Direito Penal e Criminologia na Universidade de São Paulo.
Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada Criminalista.
ericaamaralmatos@gmail.com

Recebido em: 21.01.2019

Aprovado em: 13.03.2019

Última versão da autora: 21.03.2019

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O termo *lawfare* se formou da junção de "law" e "warfare" e, em tradução literal significa guerra jurídica. Refere-se, em linhas gerais, ao uso manipulado do sistema jurídico – compreendendo, aqui, sua totalidade – visando a fins políticos. Popularizou-se no Brasil com o avanço das investigações da chamada Operação Lava Jato, embora pouco material acadêmico tenha sido produzido no país sobre o tema. O artigo pretende introduzi-lo, investigando o surgimento do termo no contexto militar e suas diferentes concepções atribuídas ao longo do tempo, de forma a traçar um paralelo entre as acepções originais com a atual, com foco no contexto brasileiro. Serão abordadas as táticas normalmente atribuídas ao uso de *lawfare*, em especial o uso da mídia como forma de manipulação da opinião pública. Ao fim, propõe-se uma releitura decolonizada da doutrina clássica (produzida, sobretudo, em países do norte global), de forma a aproximar o fenômeno da perspectiva do Brasil.

ABSTRACT: The term *lawfare* is formed by the junction of "law" and "warfare": a juridical war. It refers in general terms to the manipulated use of the legal system – including its totality – for a political purpose. It became popular in Brazil with the advance of Operation "Car wash", although there is not much content produced in the country on the subject. The article intends to introduce it, investigating its different conceptions from your first use in the military context, then focusing on the Brazilian context. The tactics usually attributed to the use of *lawfare* will be discussed, especially the use of the media as a way of manipulating public opinion. Finally, a decolonized re-reading of the classical doctrine (production, above all, in countries of the global north) is proposed, in order to bring the phenomenon closer to the perspective of Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: *Lawfare* – Operação Lava Jato – Processo penal – Direito penal – Direito decolonial.

KEYWORDS: *Lawfare* – “Car wash” Operation – Criminal proceedings – Criminal law – Decolonial law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concepções de *lawfare*. 3. Mídia, opinião pública e *lawfare*. 4. Entre *lawfare* e o direito penal do inimigo. 5. *Lawfare* no Brasil. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Law is becoming an increasingly powerful and prevalent weapon of war.
Orde F. Kittrie

Em português, a expressão inglesa “*Lawfare*” corresponde à “guerra jurídica”, tratando-se de uma sobreposição das palavras “*law*” e “*warfare*”. Em linhas bastante gerais, consiste-se no uso do direito como um instrumento de combate a um oponente. É o direito utilizado como arma.

Até aí, nada de novo, podendo-se confundir com uma definição grosseira de *processo*. Usualmente, no entanto, o *lawfare* possui conotação negativa, referindo-se ao uso abusivo e ilegítimo da lei ou de procedimentos legais como artifício para prejudicar um inimigo. Assim, em um paralelo com guerras tradicionais, o direito funciona como arma, os tribunais como campos de batalha e a mídia como propaganda. A finalidade se mantém: a destruição de um inimigo.

Inicialmente, como se verá, a expressão foi cunhada para definir estratégias militares, especialmente no âmbito de guerras internacionais. Com o passar do tempo, o termo foi se atualizando para descrever fenômenos distintos – de guerra militar a “guerras” políticas.

No Brasil, a prática ganhou espaço no mundo jurídico após a denúncia¹ de sua utilização em processos da Operação Lava Jato², cenário no qual estariam os

1. A “denúncia” fora feita nos autos da ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000, em sede de resposta à acusação perante a Justiça Federal do Paraná. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/dl/respostaacusaaaotriplex1.pdf]. Acesso em: 01.08.2018.
2. Conjunto de investigações, ainda em andamento, que teve início em 2014 com a finalidade de apurar suposto esquema de lavagem de dinheiro e corrupção, no âmbito da Polícia Federal e da Justiça Federal do Brasil. A Operação, como é notório, ganhou amplo espaço na mídia e apoio popular, especialmente por ter como principal alvo pessoas do “alto escalão” da sociedade: políticos e empresários. Juristas do mundo todo, no entanto, vêm denunciando o desrespeito a diversas garantias processuais penais contra os envolvidos. Sobre o tema, ver, p. e.: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Investigação da operação “Lava Jato” fere princípios jurisdicionais básicos. Portal Conjur. Disponível em:

processos criminais sendo utilizados de forma deturpada para vencer inimigos políticos nos tribunais. A deturpação estaria na instauração de investigações e oferecimento de denúncias sem indícios mínimos de autoria e de materialidade de delitos; aplicação de medidas coercitivas em desrespeito às regras do Código de Processo Penal; celebração de acordos de colaboração premiada de forma desmedida e utilização de delações como único elemento de prova; manipulação da opinião pública; dentre outras práticas. Até o momento, no entanto, pouca doutrina brasileira foi produzida acerca do assunto.³

Dessa forma, o presente artigo pretende fornecer uma introdução ao tema, sem, contudo, esgotá-lo. Através de uma bibliografia estrangeira, serão analisados o surgimento do fenômeno, suas diferentes conotações e definições e as táticas frequentemente utilizadas nesse processo, bem como serão explorados alguns casos práticos que o exemplifiquem. Atendo-se à atual conjuntura política e social brasileira, será dado enfoque à utilização de *lawfare* no campo político e a utilização da opinião pública como amuleto nesse processo. Ao fim, será proposta uma abordagem decolonizada do tema. Isso é: muito embora haja uma extensa literatura estrangeira sobre o tema, sobretudo produzida por países do hemisfério norte, para a importação do termo com pretensões de aproximá-lo da realidade sulista e, especificamente, brasileira, cujas particularidades lhes são próprias, é preciso libertar-se da visão hegemônica.

Será preciso um neologismo para se referir a um fenômeno que certamente não surgiu apenas nos últimos anos? Mais que isso, é possível se falar em *lawfare* no Brasil? Em caso positivo, desde quando e em quais circunstâncias?

[<https://www.conjur.com.br/2015-jun-28/renato-silvira-investigacao-lava-jato-fere-principios-basicos>]. Acesso em: 01.08.2018; TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016; Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. Portal Justificando. Disponível em: [<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/luigi-ferrajoli-jurista-de-reputacao-mundial-condena-abusos-da-lava-jato-em-palestra>]. Acesso em: 01.08.2018.

3. Em pesquisa às bases de dados Portal de Periódicos CAPES/MEC, IusData e HeinOnline, não se encontrou qualquer produção acadêmica sobre *Lawfare* no Brasil. Existem, pois, textos publicados em plataformas digitais que buscaram tratar do tema, sem simplesmente mencioná-lo, destacando-se: STRECK, Lenio Luiz. *Ainda podemos indagar por quê ou até isso é obstrução da justiça?* Portal Conjur, 2017. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2017-out-12/senso-incomum-ainda-podemos-indagar-ou-isso-obstrucao-justica>]; MARTINS, Cristiano Zanin, MARTINS, Valeska Teixeira Z. *O Lawfare militar, político, comercial e geopolítico*. Portal Conjur, 2018. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opinioao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico>]. Acesso em: 19.01.2019.

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

2. CONCEPÇÕES DE *LAWFARE*

Does lawfare need an apologia? –
Charles Dunlap, 9 anos depois.⁴

O primeiro uso do termo “*lawfare*” a que se tem notícia está em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans em 1975⁵, em que se denunciavam aspectos individualistas e acusatórios do direito nas sociedades ocidentais, chamando tal fenômeno – de substituição de armas por leis – de *lawfare*.

Internacionalmente, o termo ganhou mais popularidade no contexto da segurança nacional. O primeiro uso nesse sentido provavelmente se deu em 1999, em um livro de estratégia militar chinês, “*Unrestricted Warfare*” (de Qiao Liang e Wang Xiangsui), referindo-se ao uso de instituições legais internacionais para conseguir fins estratégicos em guerras militares, mas ainda com pouco destaque ao *lawfare*. Argumentou-se que a guerra teria se tornado presente e inseparável da sociedade, da política e da economia, ainda que em tempos de paz, assumindo mudanças significativas, como a utilização de meios não militares. Para os autores, a política tornou-se uma continuação da guerra militar.⁶

Foi, no entanto, em 2001 que o termo se popularizou, através de um artigo escrito pelo Coronel das Forças Armadas dos Estados Unidos, Charles Dunlap. O autor descreveu o fenômeno como: “A estratégia de usar – ou “mal utilizar” – a lei como um substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional. Como tal, eu enxergo o direito, neste contexto, como uma arma. É um meio que pode ser utilizado para bons ou maus propósitos.”⁷ Para Dunlap, as táticas de *lawfare* estariam sendo usadas para obter vantagens morais sobre o inimigo de guerra no tribunal da opinião pública e para intimidar os chefes de Estado de agir por medo de serem processados por crimes de guerra. A manipulação do sistema legal então visava a fins estratégicos políticos e militares. O autor, no entanto, não vê o cenário como inteiramente negativo e afirma que se a aplicação de *lawfare* não for frequente pode contribuir para a redução dos efeitos

4. O responsável pela difusão internacional do termo, Charles Dunlap, publicou 9 anos depois o artigo intitulado “Does Lawfare need an apologia?”, em análise à rápida aderência ao termo e a sua utilização muito mais ampla do que aquele originalmente atribuída.

5. Disponível em: [http://www.laceweb.org.au/whi.htm]. Acesso em: 01.08.2018.

6. WERNER, Wouter G. The Curious Career of Lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

7. DUNLAP, Charles J. Lawfare Today: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

destrutivos da guerra: “uma ferramenta ou arma que pode ser usada apropriadamente de acordo com as virtudes mais altas do Estado de Direito – ou não. Tudo depende de quem está empunhando, como faz e por quê.”⁸

Dunlap foi o responsável pela propagação mundial do termo *lawfare*. Se, inicialmente, esse se referia à utilização do direito como arma complementar às armas bélicas em guerras propriamente ditas, *lawfare* foi se ressignificando ao longo do tempo. As batalhas tornam-se imateriais e os campos físicos de guerra esses transformam em tribunais. A lei enquanto arma *substitui* as armas bélicas e a própria guerra militar.

Scharf tratou desse processo de transformação do termo, comentando: “Como previsto por Dunlap, *lawfare* era um termo neutro. (...) Hoje, no entanto, *lawfare* é mais frequentemente utilizado como um rótulo para criticar aqueles que usam o direito internacional e os processos judiciais para fazer reclamações contra o Estado, especialmente em áreas relacionadas com a segurança nacional.” O autor também destaca que a estratégia pode ser utilizada “tanto por aliados como inimigos, por governos, bem como os atores não estatais, organizações internacionais e organizações não-governamentais, e ele pode ser usado por advogados e diplomatas, bem como por terroristas e insurgentes.”⁹

Nesse sentido, em uma concepção mais ampla, Richard Falk defende tratar-se do uso das regras e procedimentos do direito como meio de atingir ou bloquear resultados políticos. Seu foco é também voltado para o direito internacional, mas adverte que a mesma dinâmica se aplica no uso interno do direito, sustentando que as técnicas podem operar negativa ou positivamente em qualquer nível de interação social.¹⁰ Para ele, a manipulação de regras e procedimentos é inerente ao processo social de sociedades complexas, de tal forma que a lei pode ser utilizada tanto para se alcançar a justiça, quanto para se obter vantagens estratégicas.

8. Tradução livre. “*Lawfare is much like a tool or weapon that can be used properly in accordance with the higher virtues of the rule of law – or not. It all depends on who is wielding it, how they do it and why*”. DUNLAP, Charles J. *Lawfare Today: a perspective*. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

9. Tradução livre. “*As envisioned by Major General Dunlap, ‘lawfare’ was a neutral term. (...) Today, however, ‘lawfare’ is most often employed as a label to criticize those who use international law and legal proceedings to make claims against the state, especially in areas related to national security.*” “*Like a conventional weapon of war, ‘lawfare’ can be used by one’s allies or enemies; it can be used by governments as well as non-state actors, international organizations, and Non-Government Organizations; and it can be used by lawyers and diplomats as well as by terrorists and insurgents.*” SCHARF, Michael p. Foward: *Lawfare!* In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

10. FALK, Richard. Positive and negative forms of ‘lawfare’. *Foreign Policy Journal*. 2015.

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

O autor cita como exemplo de *lawfare* as ações de Israel e dos Estados Unidos da América contra a consolidação da Palestina como Estado, o que, como consequência, a impede de se tornar parte de tratados internacionais e, portanto, de acessar tribunais internacionais que poderiam julgar as violações praticadas por outros Estados nesse contexto. Nesse caso, a tática de *lawfare* está em bloquear o uso de procedimentos disponíveis e normas legais para defender seus direitos contra aqueles.

Já na dicção de Susan Tiefenbrun, “*lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, maltratando e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de levantar um clamor público contra aquele inimigo.”¹¹ Para a autora, o uso do direito não é suficiente para a derrota do inimigo, sendo preciso utilizar da opinião pública para materializar seus objetivos perante a sociedade e, como consequência, na seara judicial. Paralelamente ao processo judicial, a mídia trabalhará para que o resultado desejado pelos autores do *lawfare* seja incutido na população como o ideal, deslegitimando o inimigo e afirmando a validade das ações contra ele.

Para a organização “*Lawfare Project*”¹², *lawfare* consiste na intimidação e frustração de oponentes através do mau uso dos processos legais.¹³ “*Lawfare* é o oposto de perseguir a justiça. Estão entrando com processos frívolos e usando processos legais para intimidar e frustrar oponentes no teatro de guerra. *Lawfare* é o novo campo de batalha legal”.

Nesse sentido, haveria até mesmo uma manipulação das leis dos direitos humanos visando a objetivos contrários. A organização, que atua na defesa jurídica de judeus e de defensores de Israel, se refere às acusações de islamofobia que estariam funcionando não para proteger os direitos de pessoas islâmicas, mas sim como um atentado à liberdade de expressão. A difusão do discurso contra a islamofobia teria um efeito oposto, inibidor e negativo na sociedade contra o terrorismo. Dessa forma, membros do governo e da mídia passam a se autocensurar em assuntos relacionados ao terrorismo islâmico para que não soem como intolerantes ou islamofóbicos. Mais que isso, o *lawfare* encorajaria terroristas a

11. Tradução livre. “*Lawfare is a weapon designed to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media in order to raise a public outcry against that enemy.*” TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic Definition of Lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, 2010.

12. Fundo americano, sem fins lucrativos, de consultoria e litígio que trabalha para proteger os direitos humanos e civis e os direitos das comunidades judaica e pró-Israel em todo o mundo. Fonte: [https://www.thelawfareproject.org/who-we-are]. Acesso em: 19.01.2019.

13. Tradução livre: “*Lawfare [...] is not a good thing. It is the opposite of pursuing justice. It is filing frivolous lawsuits and misusing legal processes to intimidate and frustrate opponents in the theatre of war. Lawfare is the new legal battlefield.*” Disponível em: [http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1] Acesso em: 28.07.2018.

legitimamente acionar os tribunais para contestar quaisquer ações governamentais de combate ao terrorismo através do argumento de islamofobia, consistindo em uma campanha legal de terrorismo e de guerras assimétricas, deslegitimando e frustrando ações estatais de combate. O efeito disso seria a criação de uma cultura de medo e um efeito intimidatório sobre o discurso estatal.¹⁴

Paralelamente, esse discurso seria o similar do que dizer que leis que criminalizam a homofobia seriam uma prática de *lawfare*. Neste caso, a prática teria boas intenções em proteger um grupo socialmente vulnerável em um primeiro momento. No entanto, a manipulação da lei levaria a um efeito contrário: a censura de qualquer crítica, desaprovação ou comentário negativo a pessoas homossexuais. Ou, ainda, o mesmo que alegar que a constatação de racismo deveria ser relativizada, uma vez que podem ocorrer ataques a pessoas de uma determinada etnia que não se fundamentam nessa questão.

John Comaroff, por sua vez, utilizou o termo *lawfare* para se referir à dominação colonial através de táticas legais e coercitivas: “Esse ‘modo de guerra’ – ou melhor, de *lawfare*, o processo de conquistar e controlar povos indígenas pelo uso coercitivo de instrumentos legais – teve muitos teatros, dramas e roteiros.”¹⁵ O autor, que se dedica a estudos africanos sob essa abordagem, parece ter inaugurado uma nova perspectiva do fenômeno, agora decolonizada, que lhe é próprio. Para o antropólogo, tanto os Estados autoritários, como também os democráticos sempre utilizaram o direito e a violência que lhes são inerentes para controlar e disciplinar seus cidadãos. Por isso mesmo, enxergam nas ações dos “pequenos povos” – forma como se refere às minorias políticas – uma prática que visa subverter a ordem natural do funcionamento jurídico. Ao comentar sobre a obra de John e também de Jean Comaroff, Ranganathan pontua que uma de suas maiores contribuições é o lembrete de que a lei não só normatiza o exercício do poder, como também oferece os meios para sua subversão.¹⁶

14. GOLDSTEIN, Brook. *The Disproportionate Use of Lawfare*. April 5, 2010. Disponível em: [https://www.gatestoneinstitute.org/1132/the-disproportionate-use-of-lawfare]. Acesso em: 12.12.2018.

15. Tradução livre. “*That “mode of warfare” – or rather lawfare, the effort to conquer and control indigenous peoples by the coercive use of legal means – had many theaters, many dramatis personae, many scripts.*” COMAROFF, John L. Colonialism, culture, and the law: a foreword. July 2006. *Law & Social Inquiry* 26 (2): 305-314.

16. RANGANATHAN, Surabhi. Legality and lawfare in regime implementation. In: RAJKOVIC, Nikolas M., AALBERTS, Tanja, GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. *The Power of Legality. Practices of International Law and their Politics*. Cambridge University Press, 2016, p. 291-293.

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

Comaroff e Comaroff também trabalharam o viés dito positivo de táticas de *lawfare* e, como exemplo, citam a judicialização de políticas de igualdade de gênero, liberdade sexual, direitos LGBT's, regulamentação do aborto, proteção ambiental, políticas raciais etc. Para eles, essa modalidade de *lawfare*, classificada como *insurgente*, "é uma arma dos fracos, fazendo a autoridade voltar a si, comissionando a sanção do tribunal para reivindicar recursos, reconhecimento, voz, integridade e soberania."¹⁷ Os autores defendem que, nas atuais condições de que o poder é medido por materialidades, a lei pode representar um instrumento de empoderamento para grupos que usualmente sofrem enquanto minorias, mesmo que, na maioria das vezes, a lei funcione justamente do modo contrário.

Werner, ao narrar a trajetória dessas diferentes conotações, aponta o uso crescente do termo para se referir à judicialização da política e distingue, ainda, uma nova fase denominada de "*Reflexive Lawfare*": "o uso do termo *lawfare* para desacreditar a dependência de um oponente na lei e o processo legal. Se isso não fosse um sofisma, pode-se definir '*Reflexive lawfare*' também como o uso do termo *lawfare* como um instrumento de *lawfare*."¹⁸

Para exemplificar, o autor cita a obra de Jack Goldsmith em que relata uma preocupação crescente com relação à administração do então Presidente Georg Bush que dificultava o reconhecimento do Tribunal Penal Internacional, sob o argumento de que a ampliação da internacionalização do sistema de justiça como argumento de fortalecimento ao combate ao terrorismo poderia, na prática, dificultar ações diretas e efetivas de combate, além de emergir a possibilidade de os próprios grupos terroristas utilizarem destes meios para se defender – ou seja, o argumento centrava na possibilidade de *lawfare* por grupos terroristas. Paralelamente, defensores dos direitos humanos, bem como vítimas de crimes sob jurisdição internacional, passam a ocupar estes tribunais, até como forma de chamamento à atenção pública para determinadas questões: o que passou a ser denunciado também como uma estratégia de *lawfare*. Ainda, para desacreditar críticas ao governo, este passou a utilizar do mesmo termo para desmerecer as ações daqueles que usavam das leis ou dos processos legais que, de alguma forma, atingiam à Administração. Nesse caso, então, estaria configurado o *reflexive*

17. COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

18. Tradução livre. "*Reflexive lawfare can be defined as the use of the term 'lawfare' to discredit an opponent's reliance on law and legal procedure. If it would not be too much of a sophism, one may define reflexive lawfare also as the use of the term 'lawfare' as an instrument of lawfare.*" WERNER, Wouter G. The curious career of lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

lawfare, por se tratar da utilização do próprio termo como instrumento para descreditar a confiança de um oponente nas leis e nos procedimentos legais.

Em síntese e segundo a doutrina clássica, as táticas de *lawfare* – em seu viés dito negativo – giram em torno do abuso e/ou manipulação do direito interno ou internacional, com o fim específico de prejuízo a outrem. Prejuízo, diga-se, em sua dimensão mais ampla: ocupação e esgotamento de tempo e de recursos financeiros, mácula à honra e à imagem, eliminação da vida pública, dentre outras concepções. Para outros, questões como essa são vistas positivamente como a forma de, através das leis, empoderar e capacitar grupos vulneráveis, processo denominado de “*judicialisation from below*”.¹⁹

Por fim, cumpre destacar a perspectiva de Aurel Sari sobre *lawfare* e suas tantas denominações. Para o autor, o abuso do direito para fins políticos é prática corriqueira, uma vez que política e leis coexistem nas sociedades, de tal forma que, para se caracterizar a prática de *lawfare*, o abuso deve ser extremo, em uma espécie de patologia. “Se o uso da lei para fins políticos é normal e corriqueiro, o abuso de direito deve se referir a algum tipo de estado patológico de coisas, que aponta para além do simples fato de que a lei é politicamente contestável.”²⁰

Como se viu, parece não haver, ainda, consenso sobre o que seria a definição exata de *lawfare*, de como seria travada esta “guerra jurídica” ou de seus efeitos positivos e negativos. Assim, para melhor sistematização deste artigo, ao empregar o termo *lawfare*, a referência será ao uso do direito – em sua totalidade, como instituições, leis, estruturas, procedimentos, etc. – e de táticas nele não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento. A definição se aproxima da utilizada por Gilabert, autor espanhol: “O *lawfare*, esta guerra jurídica, parte da premissa da instrumentalização do direito e de seu uso como uma ferramenta a mais das que se dispõe para lograr o êxito operacional”.²¹

19. ESSEN, Erica von. *In the gap between legality and legitimacy: Illegal Hunting in Sweden as a Crime of Dissent*. Doctoral Thesis. Swedish University of Agricultural Sciences. Uppsala, 2016.

20. Tradução livre. “If the use of law for political purposes is normal and unexceptional, then an abuse of law must refer to some kind of pathological state of affairs, one which points beyond the simple fact that law is politically contestable”. SARI, Aurel. *The Juridification of the British Armed Forces and the European Convention on Human Rights*: ‘Because it’s judgment that defeats us.’ Disponível em: [https://exeter.academia.edu/AurelSari]. Acesso em: 17.01.2019.

21. Tradução livre. “El *Lawfare*, esta “guerra jurídica” parte como premisa de la instrumentalización del derecho y de su uso como una herramienta más de las que dispone el mando para lograr el éxito operacional.” GILABERT, José Ramón Suberviola. *Lawfare: el uso del derecho como arma*. *Revista Española de Derecho Militar*. Núm. 106, julio-diciembre 2016.

3. MÍDIA, OPINIÃO PÚBLICA E *LAWFARE*

Os meios de comunicação em massa são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião ainda nos dias de hoje. A depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Alessandro Baratta destacou que a realidade social é “constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem.”²²

Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade – existente ou não. “A mensagem comunicada pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí.”²³

Por essa razão, a mídia se tornou importante instrumento de legitimação do *lawfare*, como apontado por Tiefenbrun²⁴, seja para conferir legitimidade às ações jurídicas tomadas, seja para contribuir com a destruição da imagem do inimigo, e também para vangloriar a imagem do autor de *lawfare*.

O fenômeno, no entanto, não é novidade e pode ser percebido antes mesmo da primeira aparição do termo *lawfare*. A Segunda Guerra Mundial é um grande exemplo da utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Com a invenção do rádio, este se tornou a principal arma dos estadistas com fins de manipular a opinião pública a seu favor e

22. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 87.

23. ORTE, Paola de. *A mídia como arma de guerra e a batalha no campo ideacional: o conflito entre árabes e israelenses*. 2016. 99 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

24. TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic definition of lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, 2010.

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

contra os seus oponentes.²⁵ A propaganda nazista na Alemanha, por sua vez, foi fortemente utilizada para assegurar a manutenção do governo.

Na era globalizada de difusão constante e veloz de informações em que estamos vivendo, a *internet* se tornou mais um “campo de guerra” para ataques de *lawfare*. A difusão de notícias falsas (ou *fake news*) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news* que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações.

Um estudo recente divulgado pela Fundação Getúlio Vargas buscou demonstrar o impacto das falsas informações divulgadas na internet no Brasil, muitas vezes impulsionadas por robôs, ao debate público, à democracia e ao processo eleitoral. “Com este tipo de manipulação, os robôs criam a falsa sensação de amplo apoio político a certa proposta, ideia ou figura pública, modificam o rumo de políticas públicas, interferem no mercado de ações, disseminam rumores, notícias falsas e teorias conspiratórias, geram desinformação e poluição de conteúdo, além de atrair usuários para links maliciosos que roubam dados pessoais, entre outros riscos.”²⁶

No que tange à utilização da mídia especificamente em processos judiciais, Sérgio Salomão Shecaira refere-se a esta como fábrica ideológica condicionadora que “acaba por ‘julgar’ as pessoas proferindo veredictos sem qualquer base fático-processual (*trial by the media*)”. Tais decisões, inapeláveis, criam fatos consumados pela divulgação de informações prematuras que se constituem em verdadeiro desserviço público”.²⁷ O tribunal midiático pode ser muito mais dilacerante do que o jurídico.

Em se tratando, pois, de tática para manipular o sistema jurídico e condicionar o prejuízo ao adversário, o tribunal midiático se torna em um (in)feliz exemplo de *lawfare* brasileiro.

25. Sobre o tema, ver: FORNER, Oscar Milton Cowley; SILVA, Maria Aparecida Ramos da. A mídia como arma de guerra durante a Segunda Guerra Mundial. *NAMID/UFPB*, Ano XIII, n. 07. Julho/2017. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica]. Acesso em: 13.11.2018.

26. RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) *Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018*. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

27. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 45, Agosto Esp., 1996.

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

4. ENTRE *LAWFARE* E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ao se falar em inimigo de guerra e em utilização do Direito como arma, é inevitável a percepção de certa similaridade com o conceito introduzido por Günther Jakobs de “Direito Penal do Inimigo”, muito embora este jamais tenha mencionado *lawfare* em suas obras.²⁸

Em linhas gerais, os inimigos são aqueles que recebem tratamento jurídico diferenciado do padrão, direcionado apenas aos “cidadãos”. Os inimigos, por representarem algum perigo à sociedade, têm alguns de seus direitos suspensos. Na irretocável explanação de Dieter: “O Direito Penal do Inimigo, portanto, se desenvolve em torno da distinção dicotômica entre cidadãos – definidos como pessoas racionais adequadamente socializadas – e inimigos – descritos como indivíduos de personalidade perigosa. Por um lado, o cidadão é titular de direitos e deveres constitucionalmente garantidos e por isso face às pretensões punitivas do Estado lhe socorrem todas as normas de proteção individual do Estado Democrático de Direito. Por outro, o inimigo é destituído de plena proteção legal e por isso estes direitos são válidos apenas na medida em que não dificultam a eliminação do perigo que sua existência simboliza para a vida em sociedade.”²⁹

Sendo o *lawfare* o uso das regras e procedimentos do direito como meio de atingir determinados fins, a utilização do Direito Penal do inimigo, por si só, configuraria um exemplo de tática de *lawfare*. Isso porque o próprio conceito de inimigo e sua eleição correspondem a uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Além disso, o direito penal do inimigo utiliza-se de meios jurídicos, por vezes ilegais, para se atingir o objetivo de eliminação ou impotência.

Eugenio Raul Zaffaroni, ao discorrer sobre o tema, afirma que o próprio Direito alimentou essa segregação ao longo da história, escolhendo aqueles que seriam ou não considerados inimigos. “Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico-penal, isto é, do discurso do saber jurídico e

28. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

29. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Universidade Federal do Paraná: tese de doutoramento, 2012, p. 207.

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

também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa.”³⁰

Além, Shecaira questiona a própria existência dos crimes. Livrando-se de uma concepção ontológica, afirma que os “crimes não são quaisquer atos. São atos mediados pela distância. O crime é criado. Primeiro surgem os atos. Depois há um longo processo cultural para atribuir a alguns atos o significado de crimes. E a distância tem imperiosa importância nesse contexto. O atributo de criminosos deve-se, em grande medida, à avaliação que fazemos dos atos. Nós criamos os crimes.”³¹

Sob a ótica do *lawfare*, portanto, a escolha do que será considerado crime ou não constitui em manipulação do direito para se atingir o objetivo de eliminação de um inimigo, da mesma forma que toda a doutrinação jurídica e, assim, as práticas punitivas também o são.

Trata-se, a bem da verdade, de uma questão estrutural. O que, quem e como punir sempre se trataram de um exercício de manipulação de poder. Sendo a sociedade dividida em classes, em que apenas *uns* comandam e *alguns* obedecem, as normas serão sempre criadas por aqueles em detrimento destes. Aqueles (poucos) sempre poderão eleger alguns (muitos) como inimigos de seus interesses e utilizar dos mais variados instrumentos (frisa-se, criados por aqueles) para neutralizá-los. O Direito certamente é um deles, tornando-se um campo de batalha, nos termos do *lawfare*.

5. *LAWFARE* NO BRASIL

Com efeito, a doutrina estrangeira aqui colacionada é de suma importância para se compreender o fenômeno do *lawfare*. No entanto, foi produzida levando em consideração a realidade característica de países do hemisfério norte, como os Estados Unidos da América que em quase nada se assemelha à realidade dos países do sul, especificamente à latino-americana. Por isso, a importação de conceitos e pensamentos deve ser feita sempre com atenção às particularidades sociais e culturais que nos são específicas. Trata-se de uma mudança epistemológica que busca “descolonizar” o saber científico, incluso o jurídico, fora dos centros hegemônicos. Essa, inclusive, é a proposta de John e Jean Comaroff,

30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 115.

31. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. *Boletim IBCCRIM*, vol. 99, fevereiro, 2001.

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

membros do departamento de Antropologia da Universidade de Harvard, publicada como “Teoria do Sul”.³² Sob este paradigma, escreveram também sobre o *lawfare* na perspectiva da África pós-colonial, como mencionado anteriormente. No âmbito do direito penal e da criminologia, Zaffaroni foi quem propôs uma análise que partisse da margem, da realidade dos países marginais e periféricos do capitalismo, uma vez que a dogmática dominante consiste em um “discurso de poder de origem racista e sempre colonialista”³³, incompatível com as veias abertas da América Latina.

No Brasil, apesar de ter ganhado maior evidência recentemente, num contexto de investigações e operações judiciais contra atores políticos, o *lawfare* ou a utilização do Direito como meio de atingir oponentes políticos remonta à sua própria existência no país.

A sociedade brasileira é marcada por intensa estratificação desde seu período colonial. A história escravocrata (cujo término oficial se deu em 1888, mas o real ainda não chegou) é a prova indelével da existência de uns sobre os outros. Ou ainda, em referência a Raymundo Faoro, a prova de que sempre existiram os “donos do poder”. Aos donos do poder sempre recaiu com exclusividade a organização política, econômica, social e cultural do país. Obviamente, sempre articulada com a finalidade de se manter a estrutura que lhes garantisse a manutenção de tal privilégio. A legislação sempre foi feita “de cima para baixo”.

Juarez Cirino dos Santos afirma que “os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.”³⁴

Também por isso, a abrupta desigualdade social é atributo indissociável da sociedade brasileira. Ainda que o ordenamento jurídico perpassasse por questões sociais, enunciando, inclusive, como um dos objetivos da República a

32. COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Theory from the South or, How Euro-America Is Evolving toward Africa*. Boulder, CO: Paradigm Publishers, 2012.

33. Tradução livre. “La dogmática jurídico-penal es un inmenso esfuerzo de racionalización de una programación irrealizable y que la criminología tradicional o “etiológica” es un discurso de poder de origen racista y siempre colonialista.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988, prefácio.

34. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed., rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

erradicação da pobreza e o fim das desigualdades, a realidade parece não se alterar. Marcelo Neves, ao estudar sobre o constitucionalismo nos países periféricos e também no Brasil, concluiu pela ausência de um Estado de bem-estar social e um Estado de Direito em toda a história brasileira: “Se definirmos, portanto, o Estado de bem-estar, de um ponto de vista especificamente funcional, como inclusão política realizada e, porque Estado de *direito*, como inclusão jurídica realizada, então deve destacar-se aqui que sua realização na estrutura excludente da sociedade brasileira é totalmente ilusória.”³⁵ Ilusória porque as instituições tendem a passar a imagem de pleno funcionamento e de imparcialidade. No tocante à justiça, no entanto, a Deusa Têmis parece não passar de uma bela estatueta decorativa.

Notadamente com relação ao Direito Penal, Michael Foucault chamou de controle diferencial das ilegalidades o trabalho feito pela justiça criminal: “a penalidade seria então uma maneira de ferir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles.”³⁶ O que o autor francês explica pode ser muito bem ilustrado pela realidade dos presídios brasileiros que escancara a política de criminalização da pobreza³⁷: a terceira maior população carcerária do mundo é composta por 64% de negros e 91% não escolarizados, sendo 65% em razão de apenas três crimes, todos eles da categoria de delitos aquisitivos.³⁸

Ainda segundo o autor agora citado, “o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação, eu não entendo o fato de uma dominação global, mas as múltiplas formas de dominação que podem se

35. NEVES, Marcelo. *Constituições e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2018, p. 227.

36. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010, p. 258.

37. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016.

38. Categoria utilizada por Shecaira para definir crimes cujo objetivo principal consiste na aquisição de patrimônio. Com o roubo e o furto, objetiva-se o ganha de referida coisa objeto do delito. Com o tráfico de drogas, objetiva-se a aquisição financeira através da prática mercantil de substâncias ilícitas. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas os múltiplos sujeitos que existem e funcionam no interior do corpo social.”³⁹

Na história brasileira, não faltam exemplos de ocasiões em que o Direito, a legislação ou a justiça criminal foram utilizados como forma de atingir fins políticos, econômicos e sociais, como materialização do poder de dominação, em completa dissonância com os objetivos e fundamentos da República Brasileira enunciados na Constituição Federal.⁴⁰ Ou, voltando ao conceito alhures proposto de *uso do direito e de táticas nele não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento*, não faltam exemplos de *lawfare* na história do Brasil.

A criminalização da vadiagem, vigente ainda hoje, é um dos casos.⁴¹ A ociosidade é tipificada, mas apenas se o sujeito não possuir renda e for apto ao trabalho. Ou seja, trata-se de uma seletividade escancarada, na qual se pretende punir apenas o pobre, uma vez que se permite a ociosidade, desde que a pessoa seja possuidora de renda, em clara criminalização da pobreza – contrária ao objetivo constitucional de sua erradicação. Segundo Wacquant, “apenas a pobreza contribui para tornar “invisível” a questão da cor e reforça a dominação etno-racial ao assegurar-lhe a homologação do Estado.”⁴² Zaffaroni et al. entendem essa seletividade como estrutural e, por conseguinte, defendem não haver sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato.⁴³

A Lei da Anistia, promulgada no período final do regime militar, pode ser considerada outro exemplo de *lawfare*. Com o inicial objetivo de preservar os presos políticos que agiram contra o governo ditatorial, a lei acabou por ser promulgada concedendo anistia a todos os agentes do Estado, inclusive aos responsáveis pelos diversos crimes cometidos contra a sociedade civil naquele período. Sua manipulação, portanto, alterou a finalidade esperada. Já em 2014, a Comissão Nacional da Verdade solicitou, em seu relatório final, revisão de referido diploma

39. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004. p. 181.

40. Sobre o tema, indica-se como leitura indispensável: BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

41. Art. 59, Lei das Contravenções Penais.

42. WACQUANT, Lois. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos Sediciosos*, n.º 15-16, 2007 p. 207.

43. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – I, 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

legal, por contrariar legislação internacional. O Supremo Tribunal Federal, em mais um episódio de *lawfare*, entendeu pelo não cabimento da revisão.

Ainda mais recentemente, o governador eleito – e hoje já empossado – do Rio de Janeiro declarou que, em sua gestão, os policiais poderão atirar para matar pessoas que portem armas de uso restrito, pois se trata de legítima defesa. O Código Penal, no entanto, refere à legítima defesa como o ato proporcional e moderado praticado contra um perigo iminente ou atual. A atividade defendida pelo Governador, então, não encontra respaldo legal, muito embora a mesma legislação tenha sido utilizada como embasamento pelo político.⁴⁴ *Lawfare*.

Os exemplos trazidos demonstram a prática de *lawfare* através de táticas semelhantes do uso da legislação para finalidades políticas. O primeiro direcionado à população pobre; o segundo, aos opositores do regime militar e a toda população, suprimida de seu direito à verdade; o terceiro, àqueles estigmatizados como criminosos, os “inimigos”.

Mas também no tocante a outras táticas ora apresentadas o Brasil já fora protagonista. Como exemplo da “*judicialisation from below*”, a utilização do direito pelas minorias, cita-se a recente criminalização do feminicídio, em que se reconhece como agravante do delito de homicídio a motivação por gênero.⁴⁵ O reconhecimento pela Corte Suprema da legalidade da união entre pessoas do mesmo sexo situa-se como caso de *lawfare* através do ativismo judiciário. Esses dois casos, embora se distanciem um pouco dos demais exemplos trazidos, por configurarem aumento e não diminuição de garantias e direitos⁴⁶, tratam, igualmente, da utilização dos mecanismos legais de forma a alcançar determinado fim político, mas no sentido oposto, “debaixo para cima”, encaixando-se também na definição de *lawfare*.

Já com relação à Operação Lava Jato, cenário em que se tornou conhecido o fenômeno no Brasil, diversos juristas vêm denunciando o uso deturpado de regras

44. Sobre o tema, ver: COSTA, Fabrício Reis. *Abater cidadãos: uma proposta fora de moda (e ilegal) há muito tempo*. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/abater-cidadaos-uma-proposta-fora-de-moda-e-ilegal-ha-muito-tempo-10112018?fbclid=IwAR2Ip-gm3-E5xpyB3k5bCJ6FoejFXQQ_gofwcl8yvxJ43Kuf-W1KD3xUWlbcj]. Acesso em: 13.11.2018.

45. Sobre a criminalização de condutas apoiadas pelas minorias e movimentos sociais, sugere-se a análise de Maria Lúcia Karam. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n. 1 (jan.-jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

46. No caso do feminicídio, fala-se em relação à mulher.

procedimentais e o desrespeito a garantias constitucionais dos indivíduos investigados. Com forte apelo popular, uma vez se tratar de uma grande investigação envolvendo funcionários públicos e políticos, os condutores da Operação se tornaram uma espécie de celebridade na luta contra o crime organizado, sempre ancorados na grande mídia.

Com efeito, logrou-se êxito no descobrimento e desmantelamento de vários esquemas de corrupção em empresas estatais. Os meios utilizados para atingir esses fins, no entanto, parecem se mostrar um tanto quanto espúrios ou custosos.⁴⁷

Dentre as ações criticadas, destacam-se algumas: o uso constante da mídia para angariar o apoio popular, incluindo constantes entrevistas públicas, transmissões ao vivo de atos processuais – inclusive o de oferecimento de denúncia – e chamadas sensacionalistas; a transformação dos condutores, como policiais, juízes e promotores, em heróis nacionais; uso irregular de acordos de colaboração premiada que concedem privilégios altíssimos aos delatores, incentivando falsas denúncias; envolvimento de juízes e promotores responsáveis pela Operação em questões políticas, comprometendo a imparcialidade; uso irregular de medidas coercitivas etc.

O caso do ex Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva se tornou paradigmático na denúncia de *lawfare* pela condução da Operação. Os advogados de defesa indicam que a motivação por trás dos processos é política e que houve a intenção de retirar o personagem da disputa eleitoral de 2018. Coincidência ou não, Lula figurava em primeiro lugar nas pesquisas de intenção de voto para a presidência quando foi condenado e retirado da disputa, dando lugar à eleição de seu oponente. Por sua vez, o juiz responsável pela condução da maioria dos processos da Lava Jato e o sentenciante da decisão condenatória, desde o início questionado pela defesa por imparcialidade, exonerou-se do cargo de magistrado para assumir como Ministro de Estado do novo governo.

Como se pode observar, falar sobre *lawfare* no Brasil, assim como no exterior, pode remeter às mais diversas situações e, embora se trate de uma nova denominação, parece se referir a um fenômeno antigo e sempre presente na história do país.

47. Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O efeito da Lava Jato nas instituições judiciais brasileiros*. Portal Jota. 2016. Disponível em: [https://jota.info/colunas/coluna-da-sao-francisco/coluna-da-sao-francisco-o-efeito-lava-jato-nas-instituicoes-judiciais-brasileiras-19072016]. Acesso em: nov. 2018; TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016; MATOS, Erica do Amaral. Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 143, p. 155-176. São Paulo: Ed. RT, mai. 2018.

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

O fato de a Operação Lava Jato envolver figuras conhecidas e poderosas pode ter contribuído para que o assunto viesse à tona e despertasse o interesse de juristas.

A questão, no entanto, perpassa por raízes muito mais profundas e atingem pessoas que, possivelmente, não despertam tanto interesse ou atenção. Compreender a subjetividade, porém, é importante para que se possa compreender a realidade objetiva e trabalhar para alterar estruturas historicamente excludentes.

6. CONCLUSÃO

Conforme se observou, o termo *lawfare* aparece em diferentes momentos e conjunturas para descrever práticas aparentemente diversas, mas com algo em comum. Pôde-se chegar à conclusão de que *lawfare* trata do fenômeno de utilização e/ou manipulação das leis ou procedimentos jurídicos com a finalidade de burlar o seu real fim e prejudicar algum oponente, em seu aspecto negativo, ou de se utilizar os mecanismos legais para se alcançar uma finalidade político social que normalmente não se alcançaria com os mesmos meios.

De fato, o mau uso do direito voltado à manipulação da opinião pública não é novidade e advém de muito antes da invenção da expressão estrangeira que, aqui, significa guerra jurídica. O Direito em si consiste, a bem da verdade, em instrumento de dominação de classes hegemônicas sobre classes subordinadas, como bem pontuou Foucault.⁴⁸ O sistema jurídico é instituído e formado (através de sua totalidade de instituições, aparelhos, normas etc.) intencionalmente para agir como instrumento de perpetuação das relações sociais que garantem a hegemonia de determinada classe.

Como bem pontuado por Sari, cuja definição de *lawfare* supõe um abuso sistemático das normas, “direito e política coexistem em uma relação simbiótica. Direito pressupõe a existência de uma comunidade política, sem a qual não teria nenhum efeito, enquanto a política se baseia em lei para estabilizar as expectativas e futuras decisões políticas. Como os dois sistemas se complementam, a lei está aberta a impulsos não legais, por exemplo através do processo legislativo. Enquanto estes impulsos são incorporados na legislação de forma com que se traduzam em sua lógica distinta, o sistema jurídico mantém a sua autonomia e evita tornar-se uma mera extensão da política.”⁴⁹

48. FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004, p. 181.

49. Tradução livre. “*Law and politics co-exist in a symbiotic relationship. Law presupposes the existence of a political community without which it would have no purpose, while politics relies on law to stabilize expectations and future proof political decisions. Because the two*”

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

Sob uma perspectiva materialista, a sociedade e, portanto, a política e também o direito correspondem aos interesses de classes hegemônica. Dessa forma, não apenas se tem um abuso corriqueiro do direito, mas sim um abuso patológico, intrínseco a sua própria natureza.

Por essa razão, a definição do casal Comaroff nos parece a mais acertada: “o uso de suas próprias regras [pelo Estado] para impor um sentido de ordem sobre seus subordinados, através de meios de violência legíveis, legais e legítimos pela sua própria palavra soberana. (...) Lawfare é o recurso a instrumentos jurídicos, à violência inerente à lei, para cometer atos de coerção política – o que é igualmente marcado nas pós-colônias, é claro.”⁵⁰

Assim, o Direito, por si só, é ideológico. Sua aplicação, mais ainda. Seus operadores, a depender da interpretação, da prática e, sobretudo, da intenção, podem utilizá-lo tanto com vistas à consolidação do Estado Democrático de Direito, quanto de forma a beneficiar uma pessoa ou outra, em detrimento de todos.

O que seria, então, o *Lawfare* se não o próprio sistema de justiça?

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Theory from the south or, how Euro-America is evolving toward Africa*. Boulder, CO: Paradigm Publishers, 2012.

COMAROFF, John L. *Colonialism, culture, and the law: a foreword*. July 2006. *Law & Social Inquiry* 26 (2): 305 – 314.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Universidade Federal do Paraná: tese de doutoramento, 2012.

systems complement one another, law is open to non-legal impulses, for example through the legislative process. As long as these impulses are incorporated into law in a manner which translates them into its distinct logic, the legal system retains its autonomy and avoids becoming a mere extension of politics.” SARI, Aurel. The Juridification of the British Armed Forces and the European Convention on Human Rights: Because it's judgment that defeats us?. Disponível em: [https://exeter.academia.edu/AurelSari]. Acesso em: 17.01.2019.

50. Tradução livre. “Its use of its own rules (...) to impose a sense of order upon its subordinates by means of violence rendered legible, legal, and legitimate by its own sovereign word. And also to commit its own ever-socivilized, patronizing, high-minded forms of kleptocracy. Lawfare: the resort to legal instruments, to the violence inherent in the law, to commit acts of political coercion, even erasure – is equally marked in postcolonies, of course.” COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

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

- DUNLAP, Charles J. Lawfare today: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.
- ESSEN, Erica von. *In the gap between legality and legitimacy: Illegal hunting in sweden as a crime of dissent*. Doctoral thesis. Swedish University of Agricultural Sciences. Uppsala, 2016.
- FALK, Richard. Positive and negative forms of 'lawfare'. *Foreign Policy Journal*. 2015.
- FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010.
- GILABERT, José Ramón Suberviola. Lawfare: el uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar*. Núm. 106, julio-diciembre 2016.
- GOLDSTEIN, Brook. *The Disproportionate Use of Lawfare*. April 5, 2010. Disponível em: [<https://www.gatestoneinstitute.org/1132/the-disproportionate-use-of-lawfare>]. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Constituições e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2018.
- ORTE, Paola de. *A mídia como arma de guerra e a batalha no campo ideacional: o conflito entre árabes e israelenses*. 2016. 99 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Se você não sabe o que é soft law e lawfare, pior para você. Portal Conjur: 2018. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/limite-penal-voce-nao-sabeo-soft-law-lawfare-pior-voce>]. Acesso em: 28.07.2018.
- RANGANATHAN, Surabhi. Legality and lawfare in regime implementation. In: RAJKOVIC, Nikolas M., AALBERTS, Tanja, GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. *The power of legality: practices of international law and their politics*. Cambridge University Press, 2016, p. 291-293.
- RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) *Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018*. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed., rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SARI, Aurel. *The Juridification of the british armed forces and the European Convention on Human Rights: 'Because it's judgment that defeats us.'* Disponível em: [<https://exeter.academia.edu/AurelSari>].
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 45, Agosto Esp., 1996.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. *Boletim IBCCRIM*, v. 99, fevereiro, 2001.
- TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic definition of lawfare. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.
- TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016.
- WACQUANT, Loïs. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos Sediciosos*, n.º 15-16, 2007 p. 207
- WERNER, Wouter G. The curious career of lawfare. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.
- ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A Campanha "Dez Medidas Contra a Corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal, de Patrícia Carraro Rossetto – *RBCCrim* 147/685-743 (DTR\2018\19335);
- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a Operação Lava Jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87-107 (DTR\2017\2542); e
- O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil, de Matheus Felipe de Castro – *RBCCrim* 136/293-319 (DTR\2017\6313).