

LAWFARE: ALIADO OU INIMIGO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

LAWFARE: ALLY OR ENEMY OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW?

Simone Augusta da Silva¹

Semíramis Regina Moreira de Carvalho Macedo²

RESUMO

A primeira publicação sobre o tema *lawfare* aconteceu nos Estados Unidos no ano de 1975, porém foi trazido ao cenário brasileiro somente no final de 2016, em um momento de grande tensão política e jurídica. Atualmente existem publicações de vários estudiosos pelo mundo a fora. O presente artigo pretende explorar o instituto *lawfare* como instrumento alternativo de guerra, no âmbito nacional, analisando sua utilização estratégica através das leis para alcançar objetivos jurídicos e políticos, bem como entender de que forma a espetacularização dos processos afeta nas decisões judiciais. Esse instituto entra em choque com alguns princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como por exemplo, o devido processo legal, presunção de inocência, direito a intimidade, direito de resposta, juiz natural; culminando em grande insegurança jurídica. Frisa-se que o *lawfare*, não deve ser confundido com o ativismo judicial, tampouco com a judicialização da política, são institutos diferentes que podem se correlacionar em certos momentos. Quanto a metodologia buscou-se utilizar fontes bibliográficas, vídeos e pesquisas qualitativas para melhor compreensão do instituto *lawfare*.

PALAVRAS CHAVES: *Lawfare*. Espetacularização dos processos. Insegurança jurídica. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The first publication on the *lawfare* theme took place in the United States in 1975, but it was only brought to the Brazilian scene in late 2016, at a time of great political tension. There are currently publications by various scholars around the world. This article intends to explore the *lawfare* institute as an alternative instrument of war, at the national level, analyzing its strategic use through laws to achieve legal and political objectives, as well as understanding how the spectacularization of processes affects judicial decisions. This institute clashes with some basic principles of the Democratic State of Law, such as, for example, due process of law, presumption of innocence, right to privacy, right of reply, natural judge; culminating in great legal uncertainty. It is emphasized that *lawfare*, should not be confused with judicial activism, nor with the judicialization of politics, they are different institutes that can correlate at certain times. Regarding the methodology, we sought to use bibliographic sources, videos and qualitative research to better understand the *lawfare* institute.

KEYWORDS: *Lawfare*. Epectacularization of processes. Juridical insecurity. Democratic Rule of Law.

Recebido em 29.09.2021. Aprovado em 05.10.2021.

¹ Bacharelada no 10 o semestre de Direito pela Faculdade do Guarujá – UNIESP.

² Advogada, Professora Universitária na Faculdade do Guarujá - direito, mestranda em Políticas Públicas, pela UMC; E-mail: semiramis3@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

Existem inúmeros registros de conflitos armados ao longo da história, sendo esses conflitos um dos responsáveis pela construção do processo civilizatório. No mundo contemporâneo houve mudanças na forma de resolução das disputas; majoritariamente os confrontos declarados e sangrentos foram transformados em disputas indiretas. Essas mudanças se dão por intermédio da utilização das leis como instrumento de ataque, com o objetivo de deslegitimar o inimigo e alcançar o êxito.

Neste sentido, o *lawfare* tem sido objeto de estudo de vários especialistas em Direito. A composição da palavra *lawfare* é uma contratação das palavras inglesas *law* (direito) e *warfare* (guerra), que quer dizer, em amplo sentido, o uso da lei e/ou manobras jurídicas como arma de guerra.

Inicialmente, a prática do *lawfare* era visto como ferramenta em disputas no âmbito internacional, para demonstrar que determinado Estado estava utilizando ferramentas ilegítimas para atacar seus adversários, por meio de interpretações tendenciosas de tratados e acordos internacionais. Porém o conceito se difundiu para dentro dos Estados, virando uma prática doméstica. No Brasil o termo ganhou maior visibilidade durante a operação Lava Jato, utilizado como tese de defesa a primeira vez, pelos advogados Cristiano Zanin e Valeska Martins.

Tendo em vista decisões recentes em julgamentos de políticos importantes no Brasil, surgem questionamentos: o Direito está sendo utilizado como instrumento de maneira parcial na condução política no Brasil? As mídias e as notícias veiculadas, bem como a opinião pública afetam as decisões judiciais? Existe a prática de *lawfare* no Brasil?

O intuito deste artigo é estudar o *lawfare* e sua instrumentalização no Direito brasileiro como ferramenta de uso em litígios estratégicos, utilizando das legislações vigentes para promover e alcançar objetivos políticos, impactando os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, pretende-se demonstrar como a influência das mídias, quando no exercício de suas funções transmitem matérias de cunho sensacionalista, bem como espetacularizam os processos e influenciam a opinião pública; e como o Direito Penal e o Direito Processual Penal acabam sendo emoldurados pelo sensacionalismo, tornando o Judiciário flexível e frágil diante das pressões populares e políticas, quando se sabe que o Judiciário não pode abrir mão de julgamentos técnicos, baseados nas leis e nos princípios constitucionais.

Como metodologia utilizou-se fontes bibliográficas, vídeos e pesquisas qualitativas para análise do fenômeno *lawfare*.

O tema, no geral, é complexo e polêmico, exigindo estudo aprofundado. Portanto este artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas o de compreender como funciona os mecanismos e as estratégias para a prática do *lawfare*, buscando identificar seus resultados, sejam eles positivos ou negativos, sendo sua compreensão de grande valia, não só para os operadores do Direito, mas para todos cidadãos, pois tendo o conhecimento desse fenômeno é possível mitigar erros que venham causar futuras injustiças, bem como evitar cenários em que possam acontecer condutas nocivas para o Estado Democrático de Direito.

2 CONCEITO E HISTÓRIA DO LAWFARE

Um dos primeiros registros sobre *lawfare* foi o artigo publicado em 1975, intitulado *Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity*, livremente traduzido como “Para Onde Vai a Lei: Humanidade ou Barbárie”, escrito por John Carlson e Neville Yeomans, nele consta que o *lawfare* substitui a guerra e o duelo é com as palavras e não com espadas. (1975 apud CARLSON; YEOMANS; GLOPPEN, 2017, p. 4). Entendia-se que a guerra jurídica era mais benéfica no sentido da preservação da vida, visto as guerras convencionais levam a grande derramamento de sangue e mortes.

No entanto, foi no ano de 2001 que o termo se popularizou através do texto de Charles Dunlap Jr. para quem o “*lawfare*, isto é, o uso da lei como a arma da guerra, é a mais nova característica do combate do século XXI”, afirmando ainda existirem “evidências perturbadoras de que o estado de direito está sendo sequestrado por outra maneira de lutar, em detrimento de valores humanitários, bem como do próprio Direito”. (DUNLAP, 2001, p. 2).

Em 2010, Dunlap publicou outro artigo em que analisa os diferentes usos da expressão, inclusive os adotados por ele ao longo do tempo, afirmando haver poucos conceitos no Direito Internacional Público mais controverso que o *lawfare*, aproveitando a oportunidade para ratificar sua ideia de se tratar de um conceito neutro, isto é, o Direito pode ser usado tanto para o bem, quanto para o mal, no papel de substituto da guerra armada tradicional. (DUNLAP, 2010, p. 121 e 122).

Em paralelo à publicação de Dunlap, o antropólogo americano John Camaroff expôs uma inédita definição para *lawfare*, demonstrando que a utilização do termo remete ao processo de colonialismo da África do Sul no século XVIII. Para Camaroff, o conceito estaria ligado ao

esforço para conquistar e controlar os povos indígenas pelo uso coercitivo de meios legais. (2001 apud CAMAROFF; GLOPPEN, 2017, p. 5).

Anos mais tarde John Camaroff, juntamente com sua esposa Jean Camaroff, caracterizam o *lawfare* como “recurso a instrumentos legais, à violência inerente ao Direito, para cometer atos de coerção política e até de eliminação (sentido figurado), que se torna visível quando agentes do Estado evocam legalidades, para agir contra alguns ou todos os cidadãos” (CAMAROFF; CAMAROFF, 2007. p. 30).

No ano de 2016, Orde Kittrrie procurou aprimorar o entendimento sobre o *lawfare*, levando em consideração os ensinamentos de Charles Dunlap. Na ocasião ele desmembrou o conceito da seguinte forma: (a) a utilização da lei para criar efeitos semelhantes aos tradicionalmente almejados na ação militar convencional; (b) a ação deve ser motivada pelo desejo de enfraquecer ou destruir um adversário. (2016 apud KITTRIE; ZANIN; MARTINS; VALIM, 2019, p. 19 e 20).

O próximo conceito a ser explanado é o de Siri Gloppen, (2017, p. 14), ela define o *lawfare* como “as estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litígio, e que são motivadas por um objetivo de transformação social, que vai além da vitória em um processo judicial individual”. As mobilizações jurídicas associada as mobilizações sociais, somam enorme força, sendo o processo de litígio a maneira para encontrada para legalizar as ações de ataque.

No âmbito nacional, o conceito *lawfare* foi inserido no final de 2016, pelos advogados Cristiano Zanin e Valeska Martins como tese de defesa do ex-presidente Lula na operação Lava Jato, os advogados definem o *lawfare* como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (2019, p. 26). Eles fazem uma importante advertência quanto ao tema à saber:

[...]o *lawfare* não se confunde com a judicialização da política e tampouco é algo que atinge somente o campo político progressista (ou de esquerda) brasileiro ou latino-americano. Ao contrário, o *lawfare* está acoplado às normas de guerras e de disputas desenvolvidas precipuamente pelos Estados Unidos e qualquer pessoa, instituição ou governo pode dele ser vítima. Basta, para tanto, que haja um conflito – geopolítico, político e comercial – e pessoas do Sistema de Justiça e dos demais órgãos que aplicam o Direito estejam dispostas a manipular as leis e os procedimentos jurídicos para atingir fins ilegítimos com o auxílio de alguns recursos de persuasão. (ZANIN; MARTINS; VALIM, 2019, p. 13)



Além da judicialização da política, o ativismo judicial também pode ser equivocadamente confundido com o *lawfare*, no entanto são institutos diferentes que em dado momento podem se relacionar. A fim de diferenciar os institutos da judicialização da política e ativismo judicial, Lenio Streck nos traz o seguinte ensinamento:

Assim, é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muitos prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (STRECK, 2017, s.p.)

Em síntese o ativismo judicial está ligado as convicções pessoais daquele que diz o direito, ao passo que a judicialização da política é a interferência do Judiciário em outros poderes, e finalmente o *lawfare* é o uso de instrumentos jurídicos a fim de desacreditar certo adversário, com objetivo de se alcançar determinados interesses.

3 O *LAWFARE* COMO INSTRUMENTO DE GUERRA JURÍDICA

Para Clausewitz (1984, p. 75) o objetivo da guerra “é derrubar o seu oponente de modo a torná-lo incapaz de oferecer qualquer outra resistência” diz ainda que, “a guerra é um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se a nossa vontade.” (CLAUSEWITZ, 1984, p. 94). O *lawfare* é caracterizado precipuamente pelo uso das leis como uma arma de guerra, logo, em determinados momentos as leis são utilizadas com a finalidade de distorcer situações e processos, o que resulta em interpretações tendenciosas sobre determinada matéria, princípios e procedimentos.

Jonh e Jean Camaroff apontam o *lawfare* como “o recurso a instrumentos legais, à violência inerente à lei, para cometer atos de coerção política” (2007 apud CAMAROFF; CAMAROFF; ZANIN; MARTINS; VALIM, 2019, p. 19), nesse mesmo diapasão, trata-se de uma gama de manobras que instrumentalizam o direito para atacar e deslegitimar oponentes políticos, bem como qualquer sujeito de direito, as normas são flexibilizadas e a defesa é

prejudicada. Instaura-se o princípio da “presunção de culpabilidade”, invertendo o ônus da prova, o que tem gerado grande preocupação do meio Jurídico, conforme comenta Antonio Oneildo Ferreira:

Há algo extremamente problemático aqui: a presunção de inocência é a regra constitucional. Optar pela presunção de culpabilidade acarreta uma grave fissura no pacto constitucional e atinge diretamente o âmago da democracia. Se o acusado já se presume culpado, o processo penal configurará apenas um meio de aniquilação, ou na melhor das hipóteses um simulacro, em que a incriminação já é um resultado predeterminado e inescrutável. (ONEILDO, 2018, s.p.)

A instrumentalização do direito para se alcançar finalidades políticas, se vale dos trâmites legais, o caminhar do processo se torna apenas um procedimento para que o réu seja de fato acusado, e os princípios, como por exemplo, o do devido processo legal são relativizados conforme o momento e a necessidade.

Segundo Jemery Rabkin (2004 apud RABKIN; GLOPPEN, 2017, p. 5) o *lawfare* está vinculado à elaboração de estratégias “usando ou abusando da lei como um substituto para meios militares para atingir objetivos militares”. Utilizar do direito como instrumento de guerra ou de forma estratégica, é enfraquecer toda a construção do próprio Direito.

Canotilho, ao prelecionar sobre o Estado de Direito, menciona o que vem a ferir seus pilares, apontando como Estado de Direito aquele que exerce suas atividades de forma limitada e direcionada, quando desrespeitado, tem-se o oposto, sendo denominado pelo autor de “Estado de não direito”, sintetizado em três pontos, conforme segue:

Tomar a sério o Estado de direito implica, desde logo, recortar com rigor razoável o seu contrário o «Estado de não direito». Três ideias bastam para o caracterizar: (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a «razão do Estado» imposta e iluminada por «chefes»; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. Explicitemos melhor estas três ideias. «Estado de não direito» é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões. (CANOTILHO, 1999, s.p.)

O Estado Democrático de Direito, no âmbito nacional, está longe de ser uma conquista definitiva, a qualquer sinal de abalo na estabilidade política e econômica, há um grande apelo popular por soluções rápidas e autoritárias, infringir a legislação vigente para atender o anseio popular pode parecer positivo para nação, quando na verdade propicia um Estado autoritário e o ativismo judicial, a este respeito, Casara (2017) assevera que:

Não se pode esquecer que os meios de comunicação de massa conseguem fixar sentidos e produzir ideologias, o que interfere na formação da opinião pública e na construção do imaginário social. Assim, o “bom juiz”, construído/vendido por essas empresas de comunicação e percebido por parcela da população como herói, passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais empecilhos à eficiência do Estado, ou do mercado. Para muitos, alguns por ignorância das regras do jogo democrático, outros por compromisso com posturas autoritárias, o “bom juiz” é justamente aquele que, ao afastar direitos fundamentais, nega a concepção material de democracia – democracia não só como participação popular na tomada de decisões, mas também como concretização dos direitos e das garantias fundamentais. (CASARA, 2017, s.p.)

O Judiciário não deve, de forma alguma, ser contaminado pelo populismo e por interesses políticos, o que se espera é que este cumpra seu papel precípua de interpretar as leis e julgar os casos de acordo com os princípios constitucionais.

3.1 Dimensões Estratégicas do *Lawfare*

Em novembro de 2016 John Camaroff ao ser entrevistado³, fez várias ponderações sobre o referido tema, na ocasião ele menciona que existem características semelhantes entre as guerras convencionais e as guerras contemporâneas, que são as dimensões estratégicas. A primeira dimensão citada é a geografia, a segunda é o armamento e a terceira são as externalidades.

3.1.1 Geografia (Jurisdição)

Segundo Clausewitz (1984, p. 406) “a geografia e as características do terreno mantêm uma estreita e sempre presente relação com a guerra”, na mesma linha de pensamento, o

³ John Camaroff explica *lawfare*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em 24 de abril de 2021.

geógrafo Yves Lacoste (2012, p. 27) defende que a “geografia serve, antes de tudo, para fazer a guerra”, portanto, escolher o local mais adequado para o campo de batalha é imprescindível para ser vitorioso.

Para o *lawfare* escolher estrategicamente a geografia, representa a escolha da jurisdição, Zanin; Martins; Valim (2019, p. 36) prelecionam que “O campo de batalha aqui é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força” , ou seja, escolher um órgão específico é decisivo para que a prática do *lawfare* tenha sucesso, pois a defesa ou acusação terá maior representatividade dependendo de quem estará incumbido de julgar o caso.

Corroborando com esse entendimento, o guia de diretrizes do Ministério Público para casos de Jurisdição Concorrente, publicado pelo *International Association of Prosecutors*⁴ orienta que “os promotores devem identificar todas as jurisdições onde existe uma base legal para possíveis processos, mas também onde há uma perspectiva realista de obter uma condenação com sucesso”. Subentende-se que o habitual é a busca da condenação a todo custo, portanto se a pretensão for superior aos ideais constitucionais, o processo nasce parcial, o que fatidicamente levará a manipulação de competências com a intenção de se obter vantagens processuais.

A este respeito Fredie Didier Jr. faz o seguinte contraponto:

É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé.

É certo que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um princípio da competência adequada. (DIDIER JR, 2009, s.p.)

⁴ Disponível em: https://www.iap-association.org/IAP/media/IAP-Folder/IAP_Guidelines_Cases_of_Concurrent_Jurisdiction_FINAL.pdf. Acesso em 23 de abril de 2021.



O deslocamento jurisdicional em certas situações poderá ser indispensável para neutralizar um ataque, mas quando a escolha por certa jurisdição ou deslocamento for feita com intenção exclusiva de deslegitimação de um inimigo, neste sentido, considera-se uma afronta ao princípio do juiz natural esculpido na Carga Magna, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e artigo 5º, inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Logo, o princípio do juiz natural é pressuposto para garantir imparcialidade e independência e do órgão julgador, quando existe desrespeito a essas garantias processuais, temos um exemplo da primeira dimensão do *lawfare*.

3.1.2 Armamento (Lei)

Os armamentos bélicos são fundamentais para os exércitos enfrentarem seus inimigos; sem armas é praticamente impossível vencer uma guerra. No tocante ao *lawfare* Zanin; Martins; Valim (2019, p. 38) afirmam que “o armamento é representado pelo ato normativo escolhido para vulnerar o inimigo eleito – ou, ainda, pela norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal”.

O objetivo da segunda dimensão do *lawfare* é a utilização da lei para enfraquecer o alvo através de ações judiciais, mesmo que essas não tenham indícios de autoria ou materialidades dos fatos para levarem a persecução penal, o que se busca é o ataque a fim de minar a imagem do inimigo, Rafael Valim aponta:

[...]o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo do direito de defesa. Daí deriva, igualmente, o que Pedro Serrano argutamente identifica como o estado de exceção na “rotina das sociedades democráticas”, em convivência com as prerrogativas excepcionais previstas para situações de “defesa do Estado ou da sociedade”. Não só o Poder Executivo, por intermédio de medidas de polícia administrativa, mas também o Poder Judiciário se converte em fonte de exceção. (VALIM, 2017, s.p.)

Assim, conforme se depreende da assertiva desse doutrinador, algumas leis são mais propensas a serem tornarem armas para o *lawfare*, como por exemplo, os institutos da delação premiada e anticorrupção, dado alguns conceitos vagos que favorecem o ativismo judicial.

Logo, um exemplo claro de *lawfare*, no entender daqueles que militam, foram as conduções coercitivas que aconteceram em algumas fases da Operação Lava Jato. O Artigo 260 do Código de Processo Penal diz: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

A lei é clara: se o acusado deixar de atender a intimação, este poderá ser conduzido coercitivamente. No entanto, muitos acusados alegaram que não foram intimados, a justificativa dada pelo Juiz do caso, foi que as conduções coercitivas eram feitas para evitar tumulto, entendimento este questionado por muitos operadores do direito, devido a interpretação estar fora do contexto da lei.

Mediante a essa interpretação da norma jurídica, vários juristas passaram a afirmar que as conduções coercitivas viraram verdadeiros palcos midiáticos inflando a opinião pública, apontando que o apelo popular eleva qualquer guerra jurídica/política, pois a população quer que a “justiça” seja feita, sem que haja preocupação com os ritos da persecução penal.

É justamente essa narrativa usada por Casara ao analisar o tema:

O ator jurídico que cede ao espetáculo costuma justificar o afastamento dos direitos e das garantias fundamentais como um movimento “democrático”, uma atuação que vai ao encontro da vontade popular ou da opinião pública. Não há mais, pelo menos desde as experiências catastróficas do fascismo clássico e do nazismo, como identificar “democracia” como a adesão à vontade da maioria. Uma coisa é submeter-se à crítica da opinião pública, outra é sonegar, para agradar parcela da sociedade (ainda que majoritariamente), direitos fundamentais estabelecidos para todos e para cada um, direitos que foram fundamentos da própria ideia de democracia. (CASARA, 2017, s.p.)

Diante disso, é possível concluir que, as normas jurídicas devem ser utilizadas de maneira íntegra e ética, sendo que fugir desse propósito para atacar determinado inimigo, pode ser considerado a segunda dimensão do *lawfare*.

3.1.3 Externalidades (Mídia)

As externalidades, para o *lawfare*, são todos os meios de manipulação utilizados para atacar, enfraquecer, desacreditar, constranger, aniquilar um oponente. Para isso, as informações são distorcidas e disseminadas com o intuito de angariar o apoio da opinião pública. Segundo

a Professora de Direito Susan Tiefembrun, o *lawfare* é “uma arma projetada para destruir o inimigo usando, abusando e mal utilizando do sistema legal e da mídia para conseguir o clamor público contra o inimigo” (2010, p. 31).

No Brasil, a opinião pública tem sido utilizada em certos momentos como retórica para travar uma série de guerras, dentre elas, a chamada guerra contra a corrupção, nesse contexto, as mídias (redes sociais, jornais, sites, blogs, documentários etc.) através de verdadeiras operações psicológicas, moldam a consciência da coletividade, e dessa forma o apelo popular é utilizado para potencializar o uso de instrumentos jurídicos/políticos. Antonio Oneildo Ferreira faz o seguinte alerta:

Os meios de comunicação de massa cooperam com a escolha, delimitação e popularização da figura do inimigo social. Fomentam, com o auxílio de iniciativas publicitárias, uma sociedade do espetáculo, com a qual setores do Poder Público colaboram ou são pelo menos condescendentes. Dentro da óptica do combate ao inimigo social, o processo penal confunde-se com a guerra: trata-se antes da eliminação de um perigo, da domesticação daquele indivíduo que não se deixa conduzir ao estado de cidadania e, por conseguinte, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Transfigura-se, então, numa notável exceção, fora das regras do jogo democrático do Estado de direito. De um lado, há uma Constituição liberal vigente, sob o pressuposto da garantia de liberdades individuais básicas e, de outro, há um conjunto de dispositivos de guerra destoante da tradição dos direitos fundamentais e com ela completamente incompatível. (ONEILDO, 2018, s.p.)

Outro fenômeno que está ganhando espaço nos cenários jurídicos/políticos são as chamadas *fake news*, com a função de desinformar e distorcer realidades, tendo objetivos diversos, desde atrair visualizações para obter engajamento em alguma mídia social a disseminar o ódio contra pessoas, governos, instituições, empresas etc., sendo este ligado diretamente as práticas de *lawfare*.

Alguns autores afirmam que toda essa movimentação da opinião pública, somados com desinformação, mais o poder incontestável da mídia, juntamente com interesses tendenciosos de agentes públicos e/ou privados, podem estar causando sérias distorções constitucionais, na aplicação do Direito Penal e Direito Processual Penal. Antonio Carlos de Almeida Castro, mais conhecido como Kakay, traz o seguinte posicionamento no prefácio do livro “*Lawfare* o calvário da democracia brasileira”:

Causou-se, com essa guerra político-jurídica, o desequilíbrio entre os Poderes da República e a instabilidade da democracia, tudo em razão do projeto de



poder desenvolvido por agentes públicos que desvirtuam seu nobre papel constitucional, valendo-se da manipulação do Direito Penal e de garantias fundamentais. Evidentemente, isso não teria sido possível sem a clássica utilização da mídia, com entrevistas, outdoors, power points e outros tipos de propaganda política para ganhar o apoio popular. (KAKAY, 2020, s.p.)

3.1.4 Espetacularização dos Processos

Dar publicidade a um processo, é uma das formas de garantir a legalidade dos atos processuais. Porém, quando a publicidade extrapola os interesses constitucionais, torna-se uma antigarantia, conforme preleciona Aury Lopes Junior:

A publicidade (ao lado oralidade, legalidade e motivação) é uma garantia secundária que se destina a dar transparência ao processo/debate, permitindo o controle interno e externo de toda atividade processual. Contudo, quando a publicidade é hipertrofiada (segredo) ou sobredimensionada (publicidade abusiva), reverte-se em antigarantia. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 192)

Neste cenário de publicidade abusiva, os processos são transformados em mercadorias, que é fomentada pelo sentimento de insegurança e sensação de impunidade, cada vez mais latente na população, tornando-se terra fértil para “vender” dúvidas e “certezas” através de notícias, Casara (2017) diz que:

A indústria do entretenimento também passou a vislumbrar, em certos casos penais, espetáculos rentáveis nos quais entram em cena o fascínio pelo crime afirmado na denúncia ou queixa (em um jogo de repulsa e identificação), a fé nas penas (apresentada como remédio para os mais variados problemas sociais) e certo sadismo (na medida em que aplicar uma “pena” é, em suma, impor um sofrimento). O Sistema Judiciário de Justiça Criminal, com seus atores, mitos e rituais, foi percebido como um locus privilegiado à espetacularização. (CASARA, 2017, s.p.)

Com a espetacularização dos processos, os investigados entram no pleito judicial, muitas vezes, como pré-condenados não só pela opinião pública, mas também pelos sujeitos processuais, Aury Lopes Junior (2006, p. 193) cita o seguinte:

A publicidade abusiva, comprovadamente, causa distorção no comportamento dos sujeitos processuais (promotores, advogados e juízes), aumentando ainda mais o estigma do imputado. Uma das consequências negativas está no que IBÁÑEZ define como hiperpenalização através do julgamento. A verdadeira garantia está exatamente no oposto, pois a presunção de inocência exige que o imputado seja protegido de tais fenômenos. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 193)

Este cenário é denominado pelos estudiosos do direito, como *trial by media*, ou julgamento pela mídia, Zanin; Martins; Valim classificam o fenômeno como sendo:

[...] a cobertura jornalística de certas suspeitas ou processos criminais em que os indivíduos são acusados de terem cometido crimes ou irregularidades, bem como a consequência dessa estigmatização, não só juridicamente, mas também em suas vidas profissionais e pessoais. (ZANIN; MARTINS; VALIM, 2019, p. 62)

Em razão disto, a opinião pública e os sujeitos do processo, formam suas convicções, sentenciado o investigado antes mesmo do devido processo legal, sem levar em consideração o princípio da presunção de inocência, Márcio Thomaz Bastos, traz à luz que:

Levar um réu a julgamento no auge de uma campanha de mídia é levá-lo a um linchamento, em que os ritos e fórmulas processuais são apenas a aparência da justiça, encobrendo os mecanismos cruéis de uma execução sumária. Trata-se de uma pré-condenação, ou seja, a pessoa está condenada antes de ser julgada, tal como bem definido no *Black's Law Dictionary*; no verbete Trial by news media: "É o processo pelo qual o noticiário da imprensa sobre as investigações em torno de uma pessoa que vai ser submetida a julgamento acaba determinando a culpabilidade ou a inocência da pessoa antes de ela ser julgada formalmente". (BASTOS, 1999, p. 116 e 115)

Importante destacar que o princípio da publicidade e o direito de imprensa, não são princípios absolutos, aliás nenhum é, a liberdade de informação deve caminhar no mesmo compasso que o direito a intimidade, direito de resposta, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e da presunção de inocência. Pedrina (2015) ensina que a "democracia só existe de fato quando a imprensa é verdadeiramente livre, mas a boa imprensa só deixa seu espectador verdadeiramente livre para formar opinião quando dá voz a todos os lados de uma questão. O contrário disso não passa de linchamento moral".

O combate a corrupção, ou a qualquer outro tipo penal não pode servir de pretexto para que juízes, promotores, advogados, políticos e a mídia, desrespeitem as regras constitucionais, não pode haver modificações no ordenamento jurídico para atender interesses pessoais, de grupos específicos ou até mesmo o apelo popular. A Democracia deve estar firmada sobre o manto da estrita legalidade, caso contrário a insegurança jurídica colocará o Estado de Direito em cheque. Assim diz Antonio Oneildo (2018):



O direito existe primordialmente como garantia do cidadão ante o poder da autoridade. Há Constituição, leis, procedimentos judiciais, direitos e garantias fundamentais para que a autoridade do Estado, onipotente a priori, encontre limites e respeite interesses jusfundamentais que se reputem dignos de garantir a todo indivíduo. Em um Estado democrático de direito, o direito é limite contra o arbítrio, e não instrumento de (ab)uso do poder. O autoritarismo desponta justamente quando esse princípio se inverte, e o direito torna-se mera ferramenta para que as autoridades exerçam poder e influência, e imponham suas concepções morais de forma despótica, à revelia dos contornos da lei e da política republicana. (ONEILDO, 2018, s.p.)

A interferência que a mídia provoca nas decisões tomadas pelo Poder Público, em especial pelo Judiciário, está ligada diretamente com a terceira dimensão do *lawfare*.

3.2 Breves apontamentos sobre como identificar o uso do *lawfare*

Como visto nos tópicos acima, o *lawfare* acontece através de uma sucessão de ações e situações coordenadas estrategicamente para atingir um alvo específico. Dado os cenários conturbados tanto na política quanto no judiciário, Zanin; Martins; Valim (2019, p. 125) fazem um importante alerta: “O *lawfare* – sob as perspectivas teórica e prática – impõe grandes dificuldades, a começar pela pluralidade de conhecimentos exigidos para compreendê-lo e detê-lo.

Portanto identificar o uso do *lawfare*, pode não ser uma tarefa tão simples, requerendo muita atenção devido aos vários cenários que são abrangidos para sua efetivação, Casara (2019), pormenoriza as práticas comumente utilizadas conforme segue:

A desconsideração das formas processuais (que, nas democracias, funcionam como uma garantia contra o arbítrio);

O vazamento para a mídia dos conteúdos sigilosos do processo penal, o que potencializa o assédio ilegítimo contra o acusado, seus familiares ou aliados;
 A violação reiterada dos direitos do réu, tais como a ampla defesa e o contraditório;

A rapidez atípica (ou de acordo com o calendário eleitoral) conferida ao julgamento de uma acusação em detrimento de outros casos mais antigos que esperam para serem julgados;

A existência de sinais de parcialidade do julgador, tais como o fato do juiz: 1) orientar ou coordenar a acusação; 2) permitir “vazamentos” ilegais de conversas sigilosas; 3) fazer lobby junto a outros órgãos jurisdicionais para ver suas posições no processo mantidas; 4) produzir provas em substituição ao órgão acusador; 5) adotar medidas atípicas (por exemplo, interromper as férias) para evitar a liberdade do réu, etc.;

A produção e valoração das provas em desconformidade com os limites jurídicos, éticos e epistemológicos; etc. (CASARA, 2019, s.p.)

Esses apontamentos são elucidativos, porém não são taxativos, as sociedades evoluem a todo tempo, portanto é importante manter-se atento as movimentações e mudanças dos cenários jurídicos e políticos.

O *lawfare* está se enraizando nas sociedades democráticas, Casara (2019), diz ainda que “nos últimos anos, o número de casos de *lawfare* tem apresentado notável crescimento em todo mundo. Isso se deve, basicamente, às tentativas de manter as aparências de normalidade democrática, mesmo diante de práticas e finalidades típicas de regimes autoritários.” Portanto ter o conhecimento de como esse fenômeno opera é imprescindível para contê-lo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou o entendimento do fenômeno *lawfare* como arma de guerra para deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo, bem como sua instrumentalização no ordenamento jurídico pátrio através das três dimensões: geografia, armamento e externalidades. A geografia é retratada pela escolha estratégica dos órgãos administrativos, políticos e jurisdicionais responsáveis por aplicar o direito; a preferência por um órgão específico é decisivo para que o *lawfare* tenha sucesso, visto que a tese defendida poderá ter maior ou menor força dependendo de quem julgará, já o armamento são as leis utilizadas para atacar o inimigo eleito, muitas vezes não há indícios de autoria ou materialidade delitiva para persecução penal, mas o objetivo é minar as forças do alvo, por fim, as externalidades, aqui representada pelas mídias, são as responsáveis por manipularem a consciência popular, utilizando inúmeros artifícios como por exemplo as *fake news* e a espetacularização dos processos com o intuito de atender interesses de determinadas pessoas ou grupos.

De certo, a externalidade (mídias) é a dimensão mais destrutiva no que tange o *lawfare*, visto a publicidade dada aos processos, aos investigados, suas famílias, empresas etc., cria-se um tribunal de exceção, onde a opinião pública sentencia, nesta ceara não há paridade de armas, não existe preocupação com a presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, dignidade da pessoa humana etc.; o que se busca é a personificação do mal, para que enfim a punição aconteça. O dever de punir é do Estado, e não dos cidadãos. Por outro lado, as autoridades que sorrateiramente criam situações/insinuações utilizando de narrativas

salvacionistas para conseguir o apoio popular, manipulam o sistema de justiça, ferindo os ideais constitucionais e desconfiguram o Estado de Direito.

O *lawfare* não é um tema partidário e muito menos mero modismo, é um fato, frisa-se, extremamente perigoso ao Estado Democrático de Direito. O Direito deve ser utilizado com ética e decência, o Direito Penal mais ainda, pois ao imputar um crime a alguém, e dar publicidade a suspeitas ou fatos que ainda não foram devidamente averiguados, pode causar estragos irreparáveis nas vidas das pessoas, estendendo para as pessoas que a cercam, como família, funcionários, amigos, enfim, uma teia de consequências inimagináveis, portanto a ânsia por justiça deve estar ligada intrinsecamente aos preceitos legais.

5 REFERÊNCIAS

BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e Mídia. In: TUCCI, Rogério Lauria (org). Tribunal do Júri: Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112-116.

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

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em 23 de abril de 2021.

CAMAROFF, Jean; CAMAROFF, John L. Law and Disorder in the Postcolony, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/37692160_Law_and_Disorder_in_the_Postcolony>. Acesso em: 23 de abril de 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de direito. 1999. Disponível em: <https://www.academia.edu/4993701/Joaquim_Jos%C3%A9_Gomes_Canotilho_Estado_de_Direito>. Acesso em 11 de abril de 2021.

CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-book.

CASARA, Rubens R. R. Breve roteiro para identificar perseguições políticas através do Sistema de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/lawfare-sistema-de-justica/>>. Acesso em 23 de abril de 2021.

CLAUSEWITZ, Carl von. Da guerra. Tradução para o inglês de Michael Howard e Peter Paret. Tradução do inglês para o português de Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle, 1984. Disponível em: <<http://almanaquemilitar.com/site/wp-content/uploads/2014/02/Da-Guerra-Carl-Von-Clausewitz.pdf>>. Acesso em 23 de abril de 2021.

DIDIER JR, Fredie. Editorial 67, 2009. Disponível em: <<https://www.frediedidier.com.br/editorial-67/>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

DUNLAP JR, Charles J. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21 st Century Conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, D.C. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3500/>. Acesso em: 23 de abril de 2021.

DUNLAP JR, Charles J. Does Lawfare Need an Apologia? Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347/>. Acesso em 23 de abril de 2021.

FEITOSA, M.; CITTADINO, G.; LIZEIRO, L. **Lawfare o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020. E-book.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framwork. Disponível em: <https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork>. Acesso em: 23 de abril de 2021.

LACOSTE, Yves. **A geografia: isso serve, em primeiro lugar, para fazer a guerra**. 19ª ed. Campinas: Papirus, 2012. E-book.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ONEILDO FERREIRA, Antonio. Três faces do autoritarismo: estado policial, direito penal do inimigo e lawfare. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/276236/tres-faces-do-autoritarismo--estado-policial--direito-penal-do-inimigo-e-lawfare>>. Acesso em 11 de abril de 2021.

PEDRINA, Gustavo M. Lacerda: Fair trial e trial by media: Notas sobre um julgamento espetacular, 2015. Disponível em <https://fellerrepacifico.com.br/direito-processual-penal/fair-trial-e-trial-by-media-notas-sobre-um-julgamento-espetacular/>. Acesso em 23 de abril de 2021.

Prosecutorial Guidelines for Cases of Concurrent Jurisdiction: Making the Decision – Which Jurisdiction Should Prosecute. International Association of Prosecutors. Disponível em: <https://www.iap-association.org/IAP/media/IAP-Folder/IAP_Guidelines_Cases_of_Concurrent_Jurisdiction_FINAL.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição Kindle.

TIEFEMBRUN, Susan. Semiotic Definition of Lawfare. Case Western Reserve Journal of International Law. School of Law, Case Western University. Vol. 43, 2010. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=jil>>. Acesso em 11 de abril de 2021.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. E-book.

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