



ROQUE MACHADO PINHEIRO

O *LAWFARE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Santa Maria

2021

O *LAWFARE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Roque Machado Pinheiro¹

Bruno Seligman de Menezes²

RESUMO: O presente artigo, busca o entendimento acerca do uso do *Lawfare* no ordenamento jurídico brasileiro, diante do acentuado protagonismo do Poder Judiciário, mais precisamente nos Tribunais Superiores, onde ele, *Lawfare*, pode ser enunciado como uma articulação em grau mais alto. Contextualizando, a proatividade dos Tribunais Superiores, onde suas decisões podem ter acabado por direcionar as ações em casos que aqui serão citados. *Lawfare* brasileiro, traz destaque a posição do TRF-4 no caso do Habeas Corpus concedido (e imediatamente cassado) ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Característica primordial é a observação dos fatos, análise da relação entre eles e, sobretudo, ao epílogo, chegar a uma conclusão genérica. Nessa toada, a pesquisa visa demonstrar, por meio da indução, as consequências que a constante prática do *Lawfare*, sem critérios restritivos pode trazer. A tática midiática usada como uma ferramenta para deturpar, deslegitimar a imagem de inimigos declarados. O *Lawfare* é uma questão grave, e que por essa razão merece um tratamento sério e consequente, pessoas em todos os continentes são vítimas de uma guerra difusa, não declarada, mas que pode ser destruidora. Uma guerra jurídica pode buscar combater a corrupção, o terrorismo, roubos, mas jamais destruir ou proibir os direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Lawfare. Poder Judiciário. Ordenamento jurídico.

ABSTRACT: This article seeks to understand the use of Lawfare in the Brazilian legal system, given the accentuated role of the Judiciary, more precisely in Superior Courts, where it, Lawfare, can be enunciated as an articulation in a higher degree. Contextualizing, the proactivity of Superior Courts, where their decisions may have ended up directing actions in cases that will be mentioned here. Brazilian lawfare, highlights the position of TRF4 in the case of Habeas Corpus granted (and immediately revoked) to former President Luiz Inácio Lula da Silva. A primordial characteristic is the observation of facts, analysis of the relationship between them and, above all, in the epilogue, Racing a general conclusion. In this vein, the research aims to demonstrate, through induction, the consequences that the constant practice of Lawfare, without restrictive criteria, can bring. The media tactics used as a tool to misrepresent, delegitimize the image of declared enemies. Lawfare is a serious issue, and for that reason it deserves serious and consistent treatment, people on all continentes are victims of a diffuse, undeclared, but potentially destructive war. A legal war may seek to combat corruption, terrorism, theft, but never destroy or prohibit law and rights.

KEYWORDS: Lawfare in the brazilian legal ordinance.

¹ Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail para contato: roque.machado@ufn.edu.br

² Orientador. Possui graduação em Direito pela Universidade Franciscana (2005), Especialista em Direito Penal Empresarial, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Atualmente é doutorando pela Universidade de Buenos Aires (UBA). É professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e da Universidade Franciscana (UFN); além de sócio do escritório Cipriani, Seligman de Menezes, Puerari Advogados. Tem experiência na prática de Direito Penal e Processual Penal, atuando em direito penal médico, direito penal empresarial e criminalidade tradicional. E-mail para contato: bruno.menezes@ufn.edu.br

INTRODUÇÃO

O *lawfare* no ordenamento jurídico brasileiro se apresentou de uma forma que saltou aos olhos, a partir da posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no caso do *Habeas Corpus* concedido e logo após cassado, ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Como cediço, a sociedade brasileira vive um constante período de ebulição político democrática e ao mesmo tempo de incertezas quanto aos rumos e consequências políticas e jurídicas. Isto posto, calha ser feita uma análise sobre a ação e efeitos do termo *lawfare*, com o intuito de saber a que ponto, suas estratégias têm poder de articular, modificar e decidir assuntos de extrema relevância social.

É de suma importância que seja identificado o verdadeiro objetivo do *lawfare*, e se aqueles que fazem uso dele, agem dentro das regras, preceitos e normas cabíveis. Destarte, num contexto social, no que tange às atuais guerras híbridas, que se valem de induções comunicacionais, políticas, religiosas e culturais para câmbios governamentais forçados, seja ele, *lawfare*, um de seus instrumentos de excelência, e que causa forte influência na opinião pública.

Nessa toada, o *lawfare*, com um viés desigual no Direito, lastreando-se em mecanismos jurídicos e normativos, seria outro que não a exceção na medida em que opera no campo da legalidade, manipulando-a por dentro ou nos seus limites e intervalos.

A par disso, com base na representatividade do *lawfare* com relação aos tribunais, e destacando o Direito com um papel de suma importância nas ações estratégicas elaboradas pelas Cortes superiores e por promotores com plenos poderes para fazer uso de leis para prejudicar possíveis adversários.

Isto posto, com base nos argumentos aqui expostos, até onde iria o poder do *lawfare* no âmbito jurídico, uma vez que pode ferir os direitos dos cidadãos, e os rumos das políticas internas, cultura, economia. Torna-se visível a carência de uma teoria jurídica que poderia abranger uma base evolutiva, e buscar um modelo de organização social que traga oportunidades e faça valer os direitos já consolidados na Carta Magna.

Sendo assim, para fins didáticos, a monografia será dividida em três capítulos. No primeiro capítulo será apresentada a evolução histórica do conceito de *lawfare*. No segundo capítulo será trazido à baila de forma direta por meio de conceituação e manifestação o uso do *lawfare* examinando o caso Lula, sobretudo o *Habeas Corpus* para sua liberação e seus desdobramentos. E no terceiro capítulo, será objetivado confrontar os conceitos teóricos que emprestam suporte ao *lawfare* com os elementos teóricos do caso Lula.

Ressalta-se, ainda, que a metodologia empregada será a revisão bibliográfica da doutrina, especialmente a nacional. O presente trabalho tem por finalidade central promover o debate acerca do uso do *lawfare* e da atuação do Judiciário, sob a ótica do princípio da separação dos poderes, sem, contudo, finalizar o assunto ou tratar de todos os inúmeros aspectos relacionados ao tema.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE *LAWFARE*

No capítulo I de seu livro, Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim citam o que é *Lawfare*. De acordo com os autores, é uma contração das palavras *law* (Direito) e *warfare* (guerra) e um de seus primeiros registros remonta a um artigo de John Carlson e Neville Yeomans publicado em 1975.³

Já faz algum tempo que as leis e os procedimentos jurídicos têm sido deturpados e mal utilizados em diversos lugares do mundo para promover verdadeiras perseguições contra indivíduos ou grupo de pessoas — organizados sob as mais diversas formas (grupos políticos, grupos empresariais, grupos temáticos e até mesmo países).

Charles Dunlap Jr., general aposentado da Força Aérea norte-americana, escreveu um importante artigo em 2001 no qual usou pela primeira vez o termo *lawfare* para designar esse fenômeno sob o enfoque militar. Segundo expôs à época, o *lawfare* seria “a estratégia de utilizar ou mal utilizar a lei em substituição aos meios militares tradicionais para se alcançar um objetivo operacional”. O trabalho apresentava os Estados Unidos como vítima de *lawfare*, situação que, na forma atual do fenômeno e tal como o compreendemos, permite em algumas situações conclusão em sentido exatamente oposto.⁴

Há muitos juristas pelo mundo que falam sobre o tema em importantes universidades, como Harvard e Oxford. Trabalhos científicos mostram que o *lawfare* se desenvolve em três dimensões: a escolha da lei; a escolha da jurisdição e as externalidades. Estas últimas estão associadas ao papel da comunicação e da mídia na ocorrência do fenômeno, com vistas a promover verdadeiras operações psicológicas. Busca-se, em suma, mediante estratégias

³ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo. Editora Concorrente, 2020, p. 17.

⁴ DUNLAP JR., Charles. **Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts**. Artigo apresentado na Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 2001.

cuidadosamente definidas de comunicação, criar um ambiente favorável perante a opinião pública para viabilizar a prática do *lawfare*.⁵

No Brasil, o termo *lawfare* foi utilizado pela primeira vez em coletiva de imprensa realizada em 10 de outubro de 2016. Na ocasião, a partir de estudos e entrevistas com renomados professores que se dedicam à matéria, como os antropólogos John e Jean Comaroff da Universidade de Harvard, utilizou-se esse termo para expressar que Lula estava sendo alvo de uma perseguição política por parte de alguns membros do Sistema de Justiça a partir da utilização abusiva da lei e dos procedimentos jurídicos em associação com uma intensa campanha midiática que tinha por objetivo minar a reputação do ex-presidente e a proteção da garantia constitucional da presunção de inocência.⁶

Assim, têm-se que o caso Lula é, indiscutivelmente, um dos mais relevantes paradigmas no mundo de *lawfare* com objetivos políticos. Por outro lado, é possível dizer, com sólida base de apoio, que o *lawfare* não se limita aos objetivos militares — como foi afirmado originariamente por Charles Dunlap Jr. — ou, ainda, à perseguição política. A prática de *lawfare* com desígnios comerciais e até mesmo geopolíticos já possui um enorme gama de fatos que permitem constatar o fenômeno também nessas áreas.⁷

O *lawfare* é facilmente observado em iniciativas jurídicas, por exemplo, adotadas por uma empresa ou outra forma de associação contra seus concorrentes ou oponentes. A iniciativa tem o escopo de inviabilizar tais concorrentes ou oponentes acionando o aparato regulatório e persecutório do Estado com acusações frívolas ou desprovidas de suporte probatório mínimo. Enquanto o concorrente ou o oponente são suprimidos por manobras jurídicas, abre-se a oportunidade de consolidação ou expansão dos negócios em favor da empresa ou da entidade que deflagrou as providências jurídicas.

Há, por outro lado, uma espécie mais complexa de *lawfare* com finalidade comercial e geopolítica se desenvolve por meio da utilização de mecanismos transnacionais de persecução. Como exemplo eloquente, o *Foreign Corrupt Act* (FCPA), que é uma lei norte-americana projetada originariamente para punir empresas daquele país que praticassem corrupção no exterior, atualmente é utilizado para tentar conferir jurisdição mundial aos Estados Unidos.

⁵ GOMÉZ, Santiago. **Lawfare y operaciones psicológicas**. Disponível em <http://www.agenciapacourondo.com.ar/patria-grande/lawfare-y-operaciones-psicologicas>. Acesso em: 20 de nov. 2021.

⁶ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo. Editora Concorrente, 2020.

Empresas e empresários de todo o mundo estão sendo punidos e obrigados a pagar elevadas quantias aos cofres norte-americanos porque acusados, com o auxílio de autoridades locais, de violação ao FCPA a partir de exóticas interpretações.⁸

Há, também, efeitos colaterais dessas ações dos órgãos norte-americanos com autoridades locais que acabam por resultar em acordos comerciais favoráveis a empresas ou a setores daquele país. Exemplos recentes podem ser mencionados.

Em 2016, empresas brasileiras como a Embraer sofreram atos de perseguição do Departamento de Justiça norte-americano e acabaram por firmar acordos com aquele órgão estrangeiro, em sintonia com as autoridades locais. Ocorre que, contudo, tais acordos estabeleceram obrigações pecuniárias e de outras naturezas, tais como o monitoramento interno da companhia. Dois anos depois, foi anunciada uma operação da Embraer com a Boeing, uma estratégica empresa norte-americana. Difícil crer que apenas uma afinidade comercial tenha orientado esse resultado.

O autor Orde F. Kittrie, que é importante estudioso do assunto, cita como exemplo de *lawfare* comercial e geopolítico:

Aquilo que ocorreu com a empresa Siemens entre 2006 e 2008. Após se negar a observar o embargo comercial decretado pelos Estados Unidos ao Irã, a Siemens passou a ser alvo de procedimentos investigatórios em diversos países no mundo, que resultaram no pagamento de quantias bilionárias a título de multas e indenizações. Independentemente da ocorrência admitida de práticas indevidas, a motivação para deflagrar as investigações, segundo o autor, estava ligada à intenção dos Estados Unidos de elevar a pressão externa contra o Irã — para atender aos interesses geopolíticos daquele país.⁹

Na mesma linha, elementos já disponíveis permitem suspeitar que a prisão da empresária chinesa *Meng Wanzhou*, uma das principais acionistas da gigante *Huawei*, estão ligadas à prática do *lawfare*. A detenção ocorreu no Canadá a pedido dos Estados Unidos, em meio a uma intensa disputa comercial entre os norte-americanos e a China, na qual a *Huawei* ocupa lugar de destaque. Os elementos disponíveis também tornam difícil aceitar a tese de que a prisão nesse momento tão delicado das relações entre tais países foi uma mera coincidência e não um capítulo de uma guerra jurídica para fins comerciais e geopolíticos.

Enfim, o *lawfare* é uma prática atualmente realizada com os mais diversos objetivos:

⁸ KOEHLER, Mike. **O FCPA pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos para impor sanções a empresas dos mais diversos países a partir de interpretações e teses jurídicas bastante discutíveis.** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705517. Acesso em: 12 de nov. 2021.

⁹ KITTRIE, Orde F. **Lawfare: Law as a weapon of war.** Oxford, University Press, 2016.

militares, políticos, comerciais e até mesmo geopolíticos.

O sucesso no enfrentamento desse fenômeno está ligado à sua correta identificação e à utilização de técnicas específicas de combate, que associam o conhecimento adequado da legislação aplicada, o comportamento que deve ser adotado pelas vítimas e as associações necessárias entre a resistência jurídica e outras ferramentas importantes como a investigação e a comunicação.

Categoria que tem ligação com o *lawfare* é o ativismo judicial, a que muitos denominam de judicialização da política. São preciosas as palavras de Lenio Luiz Streck a respeito da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, as quais merecem transcrição literal:

O ativismo judicial, portanto, consiste na preterição dos textos normativos em favor das convicções pessoais do intérprete – as quais podem assumir diversos rótulos: “senso de justiça”, “voz das ruas”, “bem comum”, “interesse público”, entre outros, o que representa, por óbvio, uma subversão completa do modelo de democracia constitucional. Não há bom ou mau ativismo: o sequestro dos textos legais pelos intérpretes, a despeito das boas intenções de que é revestido, sempre será pernicioso para o Estado de Direito e para a democracia.¹⁰

Daí, o *lawfare*, notadamente de natureza política, é permeado de um ativismo judicial que busca no “combate à corrupção” uma de suas justificativas prediletas e do qual derivam profundas distorções na dinâmica democrática pela fraudulenta santificação e demonização de atores políticos.

Nota-se, por conseguinte, que o conceito de ativismo judicial está muito longe de revelar o fenômeno do *lawfare*. A estratetização do Direito realizada pelo *lawfare* passa ao largo da doutrina dedicada ao ativismo judicial e, nessa medida, não devem ser confundidos tais conceitos.

De outra sorte, há a Guerra Híbrida, que é desenvolvida de maneira multifacetada, em setores múltiplos de forma sequencial ou intermitente, a partir de uma base não linear. Tem por objetivo confundir e enfraquecer o adversário de forma sutil e inesperada. Pode ser aplicada no escopo político, social e militar. Tem por princípio produzir o “alarmismo” e o “adesismo”, depois de consumir o “derrotismo”. Utiliza plataformas de alta complexidade tecnológicas para acompanhar e interpretar o comportamento adversário, produzindo assim uma série de medidas que confundam o adversário, retardando o máximo a sua reação.

A Guerra Híbrida, segundo Pepe Escobar, jornalista e especialista em análise

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição Kindle.

geopolíticas, trabalha a percepção popular de massas, nesse sentido, a psicologia de massas é explorada para a abertura de fissuras, contradições e sublevações no interior da sociedade escolhida, utilizando inflexões internas para prejudicar o adversário. O estímulo ao surgimento de aliados internos, pode ser feito de maneira ostensiva ou subliminarmente, usando questões sociais e culturais. A tensão interna é necessária para a construção da “oposição” a ser apoiada, com o uso de dispositivos violentos, espera-se a subsequente transformação da “oposição” em “inimigo interno” a partir da radicalização, status necessário para a sua “vitimização”, para que, a seguir, seja produzida uma “solidariedade” externa, fase de aplicação do Jornalismo de Guerra.

O Jornalismo de Guerra inundado de conceitos abstratos aplica processos de “meta-verdade” e “pós-verdade” na criação de pautas jornalísticas que obedecem aos interesses do imperialismo. Essas supostas “reportagens” são fabricadas por diretores e administradores ligados ao “Mercado”, os jornalistas são usados apenas para legitimar tais pautas, não tendo nenhuma ingerência nas mesmas. A massificação de tais matérias entre a população é feita a partir de plataformas eletrônicas e digitais descaracterizadas, simulando um movimento espontâneo das massas, que garante o viés legal e moral.

A desconstrução do caráter, da honra e da moral do inimigo é vital para a formação de um senso comum de rejeição. Tal condição é construída a partir da observação dos costumes locais, usando o contraponto ético como resposta. O alvo deve ser desmoralizado ao extremo, a ponto de perder o máximo de apoio em menor tempo possível.

Ao passo em que é elaborada uma oposição completamente responsável, que é habilitada automaticamente pelos veículos de comunicação. Essa discussão é travada sem nenhum conteúdo programático, isto é, esse debate é feito sem base ideológica. A Guerra Híbrida produz uma série de ataques contra o seu alvo que visam confundir todos a sua volta, gerando dúvidas e insatisfações que são alimentadas sistematicamente por notícias falsas que compõem a estratégia de informação e contrainformação.

A guerra realizada em mais de uma dimensão não é propriamente uma novidade. Mas o conceito de guerra híbrida emerge com maior nitidez no contexto de ondas de protestos que tiveram início em 2010 e atingiram diversos países do mundo árabe e que depois chegaram à Europa e à América Latina.

A clara opção norte-americana pela guerra híbrida em detrimento da guerra convencional foi manifestada indiretamente, por exemplo no discurso feito pelo então presidente dos EUA Barack Obama em 2014, quando afirmou: *“O Exército americano não pode ser o único componente da nossa liderança. Só porque temos o melhor martelo não*

significa que todo problema seja um prego”.

No entendimento de Andrew KORYBKO o *lawfare* para fins geopolíticos é um relevante objeto desse modelo de guerra híbrida e se utiliza de todos os recursos a ela inerentes. As leis e os procedimentos jurídicos são utilizados como armas de guerra para atacar o inimigo e para produzir os resultados que poderiam ser buscados ou que poderiam levar ao confronto bélico tradicional.¹¹

No caso dos EUA essa arma não convencional é potencializada pelo uso exclusivo ou concomitante do FCPA – Foreign Corrupt Practices Act, uma lei norte-americana que vem sendo adotada para ampliar a jurisdição dos Estados Unidos para outros países. De fato, qualquer elo com os EUA, desde o uso de sua moeda, de servidores lá situados, entre outros, como a seguir veremos, é suficiente para deflagrar ações de autoridades norte-americanas em outros países, viabilizando assim, o *lawfare* com fins geopolíticos.¹²

Disso se infere, pois, que as guerras híbridas e o *lawfare* guardam uma estreita relação, sendo este um importante instrumento daquelas.

2 O CASO LULA, SOBRETUDO, O *HABEAS CORPUS* PARA SUA LIBERAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Diante de toda a explanação realizada acima sobre o instituto do *lawfare*, é fundamental trazer para o objeto do presente trabalho, visto que o processo condenatório do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva se desenvolveu a partir da realização de uma acusação do Ministério Público Federal, no qual dizia que o ex-presidente havia recebido propina da empreiteira OAS. A suposta vantagem, no valor de R\$ 2,2 milhões, teria saído de uma conta de propina destinada ao Partido dos Trabalhadores em troca do favorecimento da empresa em contratos na Petrobras. Há, nesse caso, grandes semelhanças com a prática do *lawfare*.

Segundo o MPF, a vantagem foi paga na forma de reserva e reforma do apartamento no litoral paulista, cuja propriedade teria sido ocultada das autoridades. Um dos depoimentos que baseou a acusação do Ministério Público e a sentença de Moro é embasada na delação do ex-presidente da OAS, Léo Pinheiro, também condenado no processo. Lula foi condenado em primeira instância pelo juiz Sergio Moro a 9 anos e 6 meses de prisão, e em segunda instância

¹¹ KORYBKO, Andrew. **Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes**. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p.68.

¹² KORYBKO, Andrew. **Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes**. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p.71

a 12 anos e 1 mês por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

As idas e vindas do pedido de soltura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então pré-candidato do Partido dos Trabalhadores à Presidência da República, no domingo (08/07/18) provocaram críticas de ambos os lados sobre a atuação da justiça brasileira.

Realizando uma análise do embate de decisões ocorrido ao longo do dia 08 de julho de 2018, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual os deputados Paulo Teixeira e Wadih Damous impetraram um pedido de Habeas Corpus para que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fosse liberto.

Em meio ao imbróglio, a Polícia Federal não cumpriu a decisão do desembargador Rogério Fraveto, aguardando a decisão do relator, desembargador João Pedro Gebran Neto. Frente à tais acontecimentos, têm-se a ocorrência de um embate entre os poderes dos desembargadores, e do até então juiz federal Sérgio Moro, na qual também se manifestou durante o episódio.

Dentre a violação de diversas normas e preceitos legais, no presente caso faz-se possível verificar também o desrespeito aos direitos fundamentais relacionados à Luiz Inácio, tais como direitos de liberdade, direitos políticos e a garantia de um julgamento imparcial e justo. O processo condenatório de Luiz Inácio Lula da Silva se desenvolveu a partir da realização de uma acusação do Ministério Público Federal, no qual diz que o ex-presidente recebeu propina da empreiteira OAS. A suposta vantagem, no valor de R\$ 2,2 milhões, teria saído de uma conta de propina destinada ao Partido dos Trabalhadores em troca do favorecimento da empresa em contratos na Petrobras. Lula foi condenado em primeira instância pelo juiz Sergio Moro a 9 anos e 6 meses de prisão, e em segunda instância a 12 anos e 1 mês por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

O embate jurídico naquele domingo, 08 de julho de 2018 se apresentou de forma que a batalha das decisões judiciais começou por volta das 10h da manhã de domingo, quando o desembargador Rogério Favreto acolheu o habeas corpus apresentado na sexta-feira, dia 6, por deputados para libertar Lula da prisão. Logo em seguida, o juiz Sergio Moro, relator da operação Lava Jato na primeira instância, emitiu despacho contra a soltura do petista alegando que Favreto não tinha competência para decidir no caso.

O desembargador por sua vez, ignorou a decisão de Moro e reiterou sua decisão de tirar Lula da sede da Polícia Federal, em Curitiba. Na quarta decisão, entra em cena o desembargador Gebran Neto, relator do caso de Lula no TRF-4. Ele suspende mais uma vez a soltura do petista, e da mesma forma foi ignorado por Favreto que em seguida, dá o prazo de uma hora, a contar das 16h12, para que a Polícia Federal proceda com a libertação. E, já início

da noite deste mesmo domingo, foi a vez do presidente do TRF-4, Thompson Flores, colocar um ponto final na guerra das decisões judiciais, determinando que Lula devia continuar preso.

Sucedeu que, contudo, observando o regimento interno do TRF-4 na ocasião, notou-se que o desembargador plantonista, Rogério Favreto atuou inteiramente dentro das suas competências, cabendo ao mesmo a interpretação do fato novo. Como prelecionava na época do acontecido.

Art. 92: nos sábados, domingos e feriados, nos dias em que não houver expediente normal, e fora do horário do expediente, haverá plantão no Tribunal, mediante rodízio dos Desembargadores, em escala aprovada pelo Plenário. E no seu § 1º dizia que, durante o plantão, somente poderão ser apreciadas matérias urgentes para evitar perecimento de direito tais como habeas corpus, mandado de segurança, ou para decretar medidas cautelares de natureza penal, ou atender pedido de busca e apreensão de pessoas, bens e valores, desde que objetivamente demonstrada sua imprescindibilidade.¹³

Nesse contexto, diante de tudo o que fora mencionado acima, colhe-se que o caso do ex-presidente Lula, principalmente no que tange a situação envolvendo esse HC, se enquadra na prática do *lawfare*, isso porque, houve claramente o uso do ordenamento jurídico para fins políticos, sobretudo, em razão do desembargador que estava de férias intervir no feito, ordenando a retomada da prisão. O que deixa mais nítido tal prática, é a mudança que ocorreu, após essa prática de *lawfare*, no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4.

3 O CONFRONTO ENTRE OS CONCEITOS TEÓRICOS QUE EMPRESTAM SUPORTE AO *LAWFARE* COM OS ELEMENTOS TEÓRICOS DO CASO LULA

O surgimento do primeiro uso do termo “*lawfare*”, conforme já mencionado acima, está em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans, datado de 1975, na qual a prática aparece como uma tática de paz, isto é, como o bom uso da lei em demandas judiciais, onde as espadas abrem espaço para as palavras.

Na década de 1970, a questão do uso das leis como instrumento de guerra, já era observado por acadêmicos da universidade de Sydney. Na década de 90, iniciou-se um debate sobre como a aplicação das leis alteraram as guerras, suas estratégias, métodos e técnicas. Desde então, a relação entre a lei e a guerra foi disseminada, dando popularidade ao *lawfare* no contexto da segurança nacional. O termo se refere à junção da palavra *law* (lei) e o vocábulo

¹³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Artigo 92 do Regimento Interno**. Porto Alegre, 2018.

warfare (guerra), e, em tradução literal, significa guerra jurídica.

Calha destacar que, em suma, a prática é preparada de maneira a ter uma aparência de legalidade e, muitas vezes, essa aparência é criada com a ajuda da mídia. Por isso, o termo é utilizado na maioria das ocasiões em uma conotação negativa, já que dá a ideia de um uso abusivo e ilegítimo (ilegal) da lei para prejudicar um determinado adversário. A expressão foi criada para definir estratégias militares no âmbito de guerras internacionais, entretanto o termo acabou se atualizando para descrever não apenas as guerras militares, mas também as “guerras” políticas.

No entanto, foi apenas em 2001 que o termo foi cunhado de fato pelo Coronel das Forças Armadas dos Estados Unidos, Charles J. Dunlap Jr., em um artigo acadêmico a fim de analisar as formas de conflitos modernos. Devido à sua formação e carreira, Dunlap discorria sobre assuntos variados de segurança nacional e uso da força no direito internacional. Por isso, para o autor, o termo *lawfare* poderia ser definido como “o uso da lei como uma ferramenta de guerra”.

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.

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.

Desse modo, 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.

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.

A respeito disso, o autor 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.*”¹⁴

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro. 2002, p. 87.

Trazendo a análise sobre o instituto do *lawfare* para o caso do ex-presidente Lula, na Operação Lava Jato, é um dos exemplos mais contundentes no âmbito do direito brasileiro, uma vez que há inúmeros fatores que evidenciam tal prática no caso Lula.

É nítida a escolha de uma jurisdição favorável a partir de critérios artificiais. Com efeito, não foi por acaso e nem seguindo os critérios legais que as principais investigações contra Lula e, posteriormente, as principais ações penais instauradas contra ele – inclusive aquela que o levou à prisão – tenham tido origem na 13ª. Vara Federal Criminal de Curitiba, onde estava lotado o então juiz federal Sérgio Moro.

Sobre isso, é fundamental elencar que a legislação brasileira prevê critérios para a fixação ou a modificação da competência – vale dizer, para a parcela de poder conferida a cada órgão jurisdicional no país.

Como regra, é competente ao magistrado ou o órgão jurisdicional onde teria ocorrido o suposto crime (art. 69 do Código de Processo Penal). Não há, porém, qualquer fato ocorrido em Curitiba nas acusações formuladas pela Lava Jato do Paraná contra Lula. É verdade que o Supremo Tribunal Federal, em uma interpretação elástica da lei, definiu em setembro de 2015 (Questão de Ordem no Inquérito n. 4.130) que investigações e ações relacionadas à Petrobras deveriam ser conduzidas pela 13ª. Vara Federal Criminal de Curitiba. Todavia, jamais houve demonstração real de que qualquer valor oriundo da Petrobras tivesse sido destinado a Lula, como sempre afirmamos nas petições que foram juntadas aos processos. Tanto é que o próprio ex-juiz Sergio Moro, ao julgar o último recurso interposto no “caso do triplex” (embargos de declaração contra a sentença), reconheceu essa situação.¹⁵

Assim, os conceitos teóricos que emprestam suporte ao *lawfare* com os elementos teóricos do caso Lula, a persecução penal contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva configurou uma profunda mudança de paradigma no Direito brasileiro e, em especial, no Sistema de Justiça brasileira, segundo Cristiano Zanin:

Não se estava diante de meros erros de procedimento (*error in procedendo*) ou de erros de julgamento (*error in iudicando*) do Poder Judiciário. Havia método e propósitos claros em todo aquele conjunto de atos processuais e extraprocessuais do Estado, a revelar uma inaudita instrumentalização do Direito para destruir uma pessoa considerada inimiga. O Direito deixava de ser uma instância de resolução pacífica de controvérsias para se metamorfosear, perversamente, em uma arma do Estado para

¹⁵ Trecho que consta na decisão proferida em 18 de julho 2017 nos autos da **Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR** (“caso triplex”) pelo então juiz Sergio Fernando Moro no julgamento de embargos de declaração opostos pela Defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva: “Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente”.

abater os inimigos de turno.¹⁶

Ainda, o então magistrado federal Sergio Moro, aceitou ser escolhido para presidir as ações penais e para decidir medidas cautelares requeridas pela Lava Jato de Curitiba contra Lula. Além disso, o portal *The Intercept* mostrou, algumas das condutas que o então juiz Sergio Moro tinha durante antes e durante o processo:

(i) as investigações contra Lula foram iniciadas pelo próprio ex-juiz Sergio Moro, quem solicitou ao procurador Dallagnol que ouvisse uma “fonte” para inaugurar oficialmente os atos de persecução; (ii) a própria Força Tarefa da Lava Jato tinha consciência de que não dispunha de qualquer elemento real para acusar Lula no “caso do triplex”; (iii) Moro orientou os Procuradores da Lava Jato a atacarem a defesa de Lula no curso do processo; (iv) reservadamente, os procuradores da Lava Jato reconheciam que Moro violava o “sistema acusatório”, que não permite a concentração das funções de acusar e de julgar; (v) Moro coordenava e orientava as principais iniciativas do Ministério Público Federal contra Lula; (vi) os procuradores da Lava Jato acessavam sem ordem judicial dados fiscais relativos a pessoas ligadas a Lula.¹⁷

Sucedo que, contudo, tais informações configuraram claramente a prática de *lawfare* no caso do ex-presidente Lula, vale dizer, a escolha da jurisdição mais favorável – que no caso de Lula era, verdadeiramente, uma jurisdição já comprometida com sua condenação.

Sobre isso, importante destacar o pensamento de Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim:

Sob a ótica da segunda dimensão do *lawfare*, ou seja, a escolha das normas jurídicas a serem empregadas como armas, a Lava Jato decidiu investigar e processar Lula com base na Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) e em disposições legais que tratam de corrupção (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/99). Com isso, buscou obter as seguintes vantagens na guerra jurídica desenvolvida contra Lula: (i) uso de delações premiadas celebradas com pessoas presas ou na iminência de serem presas e que, nessa condição, estão dispostas a apresentar qualquer narrativa para se livrar do suplício, mesmo que sabidamente inverídicas; (ii) manejo de conceitos jurídicos elásticos; (iii) tentativa de estigmatização do ex-presidente com base em alegações de condutas de alta reprovabilidade social, especialmente para políticos e pessoas públicas.

Daí, colhe-se que, a condenação e a prisão de Lula, foi realizada com a utilização perverso de tais processos e das leis contra Lula viabilizou resultados políticos e geopolíticos que não seriam alcançados pelas vias jurídicas clássicas. Diante disso, pela relevância do caso,

¹⁶ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo. Editora Concorrente, 2020, p. 17.

¹⁷ “AS MENSAGENS SECRETAS DA LAVA JATO”. *The Intercept*, 09 de junho de 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em 29 de nov. 2021.

entendem-se que o caso do ex-presidente Lula é um dos maiores exemplos de *lawfare* no direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que *lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo principalmente de cunho político, observando-se que as leis e os procedimentos jurídicos são deturpados e mal utilizados em diversos lugares do mundo para promover verdadeiras perseguições contra indivíduos ou grupo de pessoas, organizados sob as mais diversas formas, sejam eles grupos políticos, grupos empresariais, grupos temáticos etc.

No direito brasileiro, não é diferente, pois nota-se que há inúmeros exemplos no qual o instituto do *lawfare* acabou acontecendo, através da utilização da legislação ou a justiça criminal como forma de atingir fins políticos, econômicos e sociais, como materialização do poder de dominação, em desacordo com os objetivos e fundamentos da República Brasileira enunciados na Carta Magna.

Os meios de comunicação 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.

A par disso, o *lawfare* acarreta profundas crises no âmbito do Estado Democrático de Direito, uma vez que tal instituto é utilizado para atingir um adversário político, contudo, utilizando-se de manobras jurídicas através do direito.

Ora, no caso Lula, no âmbito da Operação Lava Jato, houve incontáveis utilizações do ordenamento jurídico brasileiro, como bem citado ao longo do presente trabalho, desde táticas jurídicas não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento, a situações como o fatídico caso do *Habeas Corpus* no âmbito de um plantão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, onde houve a intervenção de outro desembargador no processo e, posteriormente, o regimento interno sofreu mudanças no que tange a competência dos desembargadores durante o período de plantão do tribunal. Isso foi um exemplo claro de manobra judicial.

Por todas as razões acima expostas, conclui-se que o caso do ex-presidente Lula, principalmente no que tange a situação envolvendo o *Habeas Corpus* acima citado, se enquadra na prática do *lawfare*, isso porque, houve claramente o uso do ordenamento jurídico para fins

políticos, sobretudo, em razão do desembargador que estava de férias intervir no feito, ordenando a retomada da prisão.

Sendo assim, em um Estado Democrático de Direito, a prática de *lawfare* deve ser, desde logo rechaçada, uma vez que é uma questão grave e merece um tratamento sério no âmbito do direito, uma vez que prejudica seriamente a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, amplamente tutelados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

“AS MENSAGENS SECRETAS DA LAVA JATO”. *The Intercept*, 09 de junho de 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em 29 de nov. 2021.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

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

COMAROFF, John L. e COMAROFF, Jean. *Ethnicity, Inc.*, em The University of Chicago Press, 2009, p. 56: **“Lawfare, the use of legal means for political and economic ends is endemic to the technology of modern governance. Democratic and authoritarian states alike have always relied on constitutions and statutes, on charters, mandates, and warrants, on emergency and exception—on the violence inherent in the law—to discipline their citizenry”**. Chicago. 2018.

DUNLAP JR., Charles. **Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts**. Artigo apresentado na Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Washington, DC, 2001.

GOMÉZ, Santiago. **Lawfare y operações psicológicas**. Disponível em <http://www.agenciapacourondo.com.ar/patria-grande/lawfare-y-operaciones-psicologicas>. Acesso em: 20 de nov. 2021.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: Law as a weapon of war**. Oxford, University Press, 2016.

KOEHLER, Mike. **O FCPA pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos para impor sanções a empresas dos mais diversos países a partir de interpretações e teses jurídicas bastante discutíveis**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705517. Acesso em: 12 de nov. 2021.

KORYBKO, Andrew. **Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes**. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p.71

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

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

Trecho que consta na decisão proferida em 18 de julho 2017 nos autos da **Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR** (“caso triplex”) pelo então juiz Sergio Fernando Moro no julgamento de embargos de declaração opostos pela Defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva: “Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente”.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Artigo 92 do Regimento Interno.** Porto Alegre, 2018.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução.** São Paulo. Editora Concorrente, 2020, p. 17.