

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

ANA PAULA BASSO

FERNANDO EDUARDO BATISTA CONDE MONTEIRO

MARGARIDA MARIA DE OLIVEIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Ana Paula Basso; Fernando Eduardo Batista Conde Monteiro; Margarida Maria de Oliveira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-464-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Defesa jurídico-penal. 3. Infração. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, entre os dias 7 e 8 de setembro de 2017, teve como tema central a “Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas”.

Esta obra congrega os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”, coordenado pelos Professores Doutores Ana Paula Basso (UFCG), Fernando Conde Monteiro (UMinho) e Margarida Santos (UMinho).

Os investigadores associados ao CONPEDI deram conta dos resultados dos seus trabalhos no referido GT que desenvolveu as suas atividades na tarde do dia 8 de setembro de 2017.

No âmbito das apresentações, foi tratada a temática da delinquência juvenil, cotejando o sistema brasileiro com o português.

Refletiu-se, igualmente, sobre a “crimigração”, sob a perspectiva do poder e do medo a ele associado.

Foi também abordada a temática da utilização do sistema penal como elemento fraturante dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Realizou-se, ainda, a partir do pensamento de Alessandro Baratta, a análise do sistema penitenciário e da sua disfuncionalidade em face do sistema político-social vigente no Brasil.

Por fim, discutiu-se a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais e dos seus custos axiológicos.

Cumpramos ainda reiterar os agradecimentos aos autores pelo elevado debate realizado, o que muito contribuiu para o surgimento de novas reflexões e o amadurecimento intelectual de todos os participantes, esperando-se que os leitores beneficiem destes frutos.

Braga, 8 de setembro de 2017.

Prof.^a Doutora Ana Paula Basso (UFMG)

Prof. Doutor Fernando Conde Monteiro (UMinho)

Prof.^a Doutora Margarida Santos (UMinho).

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O USO DO SISTEMA PENAL COMO LAWFARE POLÍTICO

THE USE OF THE CRIMINAL SYSTEM AS POLITICAL LAWFARE

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Natália Lucero Frias Tavares

Resumo

O objetivo do trabalho é analisar a aplicabilidade da teoria norteamericana do Lawfare, que entende o Direito como arma de guerra, às disputas entre grupos políticos no âmbito interno dos Estados soberanos. Os problemas enfrentados foram se o sistema penal está sendo usado como instrumento de condução política no Brasil e se a agenda da mídia afeta as ações jurídicas. Tomando por método a análise bibliográfica sobre o Lawfare e de casos concretos, estabeleceu-se os critérios para aferição do Lawfare político e seus instrumentos. Concluiu-se que o sistema penal vem sendo usado como Lawfare político no Brasil.

Palavras-chave: Lawfare, Mídia, Política, Lawfare político

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is to analyze the applicability of the north american Lawfare theory, which understands Law as a weapon of war, to solve disputes between political groups within the sovereign states. The problem faced was whether the criminal justice system is being used as a policy instrument in Brazil and whether the media agenda affects legal actions. The methodology used was the bibliographical analysis on Lawfare and concrete cases, so the criteria for measuring the political Lawfare and its instruments were established. It was concluded that the criminal system has been used as political Lawfare in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lawfare, Media, Policy, Political lawfare

Introdução

O processo penal brasileiro vem sofrendo algumas importantes mudanças nas últimas duas décadas. Atualmente é possível verificar o aumento do número de maxiprocessos (cf. FALCONE, 2011), comumente chamados de “operações”, numa clara confusão entre a investigação e o processo, impulsionados pelo incremento da utilização dos meios de obtenção de prova (cf. JESUS, 2015) e pela cobertura midiática massiva e opressiva (cf. SCHREIBER, 2008).

Importa pontuar que o sistema penal tradicional não perdeu força ou espaço. Basta verificar que a população carcerária brasileira, a quarta ou terceira maior do mundo¹, continua sendo composta de forma amplamente majoritária por pessoas acusadas ou condenadas pela prática de crimes contra o patrimônio (46%), crime de drogas (28%) e crimes contra a pessoa (13%), sendo que os crimes contra a Administração Pública que compõem boa parte dos crimes objetos dos maxiprocessos sequer somam um por cento da população carcerária (INFOPEN, 2016, p. 33). Os crimes econômicos e financeiros nem mesmo aparecem nas estatísticas prisionais.

Ainda em relação à população prisional, negros e pardos, conquanto componham 53,63% da população brasileira, respondem por 61,67% da população prisional, ao passo que os brancos que contam 45,48% da população total do país, respondem por 37,22% dos encarcerados (INFOPEN, 2016, p. 36). E mais, 75,08% da população prisional tem até o ensino fundamental completo (INFOPEN, 2016, p. 48).

O sistema penal brasileiro, portanto, continua tendo como clientes preferenciais pessoas pretas e pobres, como se pode verificar pelas estatísticas que acima foram apresentadas.

No âmbito do processo penal, não apenas a prova testemunhal continua sendo amplamente a mais utilizada para aferir a prática dos fatos sob julgamento (cf. ÁVILA, 2014, p. 15 a 27), como o depoimento dos policiais recebem na praxis forense indevida e prévia valoração positiva como suficiente para condenação dos acusados em geral².

¹ É muito importante frisar que a afirmação adequada, de acordo com as estatísticas oficiais colhidas pelo Ministério da Justiça apontam a população carcerária brasileira como a quarta maior do mundo. A dúvida quanto à classificação que o país ocupa hoje dentre os maiores encarceradores mundiais deve-se ao fato de que o último levantamento oficial realizado (BRASIL, 2016. Doravante denominado simplesmente Infopen) apenas apresenta dados referentes ao período de dezembro de 2014. Somando-se a inexistência de estatísticas atualizadas à constatação empiricamente comprovada de que os índices de encarceramento dos três primeiros colocados segue em declínio, parece verossímil especular que o Brasil tenha alçado à segunda posição no ranking.

² Isso se verifica pelo conteúdo da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo verbete é "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

Portanto, as mudanças que vêm sendo realizadas no processo penal nas últimas décadas não se apresentam como uma substituição do modelo tradicional de processo, mas uma nova configuração para casos diversos, que não impactam nas estatísticas carcerárias.

Todavia, inobstante não tenham influência sobre a estatística carcerária, essas mudanças têm importante potencial para alterar a atividade usual e cotidiana do juiz criminal. Isso se pode verificar pelos casos em que o afastamento de direitos fundamentais é justificado pela específica posição social proeminente de certos investigados e acusados, porém terminam por impulsionar o uso de medidas outrora consideradas de uso restrito e excepcional para casos de grande repercussão e difícil elucidação, para utilização no processo penal tradicional.

Assim, ao tempo em que a condução coercitiva passou a ser usada como regra, ao arrepio das hipóteses legais, na forma de instrumento de pressão sobre investigados de certa posição social privilegiada, medidas como os mandados de busca e apreensão coletivos em comunidades carentes também passaram a ser utilizados para elucidação de casos típicos do processo penal tradicional. São medidas que, seja nos maxiprocessos ou no processo penal tradicional, extrapolam o justo processo legal.

Todavia, não se pode ignorar que a privilegiada posição social dos investigados (cf. SUTHERLAND, 2015), a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamente mais avançados e ocultos (cf. PRADO, 2014), capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a consequente espetacularização do processo (cf. CASARA, 2016), a possibilidade da imprensa expor ao público conversas³ e vídeos captados em investigações ou mesmo acompanhar em tempo real a execução de fases ostensivas com medidas prisionais⁴, conduções coercitivas⁵ ou de buscas e apreensões domiciliares, tornaram o processo conduzido como “operações” um produto de venda essencial à mídia.

³ Como se pode verificar pelo recente episódio em que um grande empresário brasileiro realizou colaboração premiada e se submeteu a realizar ação controlada com autorização do Supremo Tribunal Federal, tendo gravado de forma clandestina conversas com o Senador Aécio Neves e o Presidente Michel Temer, tendo suas conversas sido divulgadas integralmente pela mídia. Áudio da conversa entre Joesley Batista, sócio da JBS, e Aécio Neves disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>. Acessado em 24 de maio de 2017. Áudio da conversa em Joesley Batista e Michel Temer disponível em <http://istoe.com.br/stf-divulga-audio-da-conversa-entre-temer-e-joesley-batista-ouca/>. Acessado em 24 de maio de 2017.

⁴ Muitos seriam os exemplos, mas a prisão do ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha foi transmitida ao vivo. DIONÍSIO, Bibiana et al. Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro. **G1**. 19/10/2016. Disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>. Acessado em 24 de maio de 2017.

⁵ A condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva determinada pelo juiz Sérgio Moro e executada no dia 04 de março de 2016 teve a mais ampla cobertura da mídia e causou uma imensa polêmica. COLON, Leandro et al. Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro. **Folha de São**

As colaborações premiadas ganham especial relevo nessa nova caracterização do processo penal. Muito embora essa modalidade de meio de obtenção de prova dependa da tipificação do fato a ser investigado como crime de organização criminosa, há certa maleabilidade conceitual que permite, ainda durante a fase investigatória conduzida especialmente nesses casos pelo Ministério Público (restando à polícia apenas algumas atividades mais ostensivas como a execução das medidas prisionais), uma adequação elástica dos fatos ao tipo específico definido na Lei nº 12.850/2013.

Além de esvaziar a ideia de um processo penal fundado nos fatos e convertê-lo numa justiça penal negociada, a colaboração premiada, que deveria ser sigilosa ao menos até o recebimento da denúncia, termina por criar um clima de apreensão folhetinesco pela próxima pessoa ou autoridade a ser delatada, impulsionando o interesse da opinião pública e da mídia, que por sua vez passa a ditar a pauta das agências penais, configurando aquilo que se convencionou chamar de agenda *setting*⁶.

O problema que se coloca é: poderá o Direito, em especial o sistema penal, ser utilizado como um instrumento de condução política? Subsidiariamente, questiona-se: é isso o que vem ocorrendo no Brasil? A agenda política dos órgãos de mídia afeta as ações jurídicas?

A hipótese que será trabalhada é a possibilidade de que a teoria norte-americana do Lawfare, que analisa a utilização prática do Direito como uma arma de guerra, possa ser compreendida da mesma forma quando o processo é utilizado como arma política.

Far-se-á, metodologicamente, uma abordagem bibliográfica sobre a teoria do Lawfare e sobre a possibilidade de que o uso do sistema penal tenha finalidade política, à luz dos últimos acontecimentos no Brasil verificados empiricamente pela análise de casos concretos amplamente divulgados, conforme a leitura de decisões judiciais, bem como de conteúdos de projetos de lei aprovados ou em tramitação no parlamento.

Paulo (on line). 04/03/2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>. Acessado em 24 de maio de 2017.

⁶ Observe-se que no já referido escandaloso caso da ação controlada deferida pelo Ministro Edson Facchin a pedido da Procuradoria-Geral da República, em que o empresário dono do frigorífico JBS, Joesley Batista, gravou conversas com o Presidente Michel Temer e com o Senador Aécio Neves, o jornalista Lauro Jardim, do jornal O Globo, concedeu entrevista à rádio CBN, do mesmo grupo empresarial, em que afirmou que já estava preparando há 3 (três) semanas a reportagem que foi ao ar pelo site do jornal no dia 17 de maio de 2017 e que nos últimos 3 (três) dias isso se tornou urgente, ao passo em que a ação controlada, de acordo com o §3º do art. 8º da Lei nº 12.850, até o encerramento da diligência, será de acesso restrito ao juiz, ao Ministério público e ao delegado de polícia, demonstrando que não apenas a lei foi ignorada, mas também que a divulgação pela imprensa teve antecedência à deflagração da fase ostensiva da ação, de tal sorte que as ações do Judiciário, se não estão sendo determinadas pela pauta da mídia hegemônica estão, no mínimo, em profunda harmonia. (JARDIM, Lauro. **Não havia nada de concreto mas agora há**. Entrevistador: Milton Jung. 18 de maio de 2017. Disponível em <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/87989/nao-havia-nada-concreto-mas-agora-ha-diz-lauro-jar.htm>. Acessado em 23 de maio de 2017).

1 Origens do Lawfare

O professor da Universidade do Arizona Orde Kittrie (2016), autor do que ele próprio denominou como o primeiro livro de língua inglesa que provê uma ampla e sistemática abordagem do Lawfare, identifica origem remota na ideia de Lawfare, apesar de não haver sido cunhada a expressão desde então, especialmente no livro *Mare Liberum* de Hugo Grócio, que defendeu o direito das nações à livre navegação contra a proibição portuguesa do navio Holandês da Companhia da Índias Orientais de navegar no mar Índico.

Em análise cronologicamente mais próxima, chama atenção para o fato de que 1996 o Presidente chinês Jiang Zemin advertiu um grupo de advogados chineses dedicados ao direito internacional que a China precisava se especializar no uso do direito internacional como uma arma.

Essa advertência teve efeito, tanto que em 1999 um livro intitulado “Guerra Irrestrita” foi escrito por dois generais chineses e publicado pelas forças armadas chinesas que repetidamente fez referência à “guerra legal”, elaborou uma lista de “guerras não militares” que incluía o estabelecimento de leis internacionais que privilegiam determinado país, como lei interna de direito autoral que pode ter um efeito tão destrutivo quanto uma operação militar.

Mas foi num ensaio de Charles Dunlap (2011), em 2001, que primeiro foi utilizada a expressão Lawfare, o que foi feito por influência de outro ensaio, de autoria de David Rivkin e Lee Casey (2003), publicado no ano 2000, em que afirmaram que aliados dos Estados Unidos e adversários escolheram usar o direito internacional como um meio para verificar ou para proteger o poder norte americano.

Rivkin e Casey entendem que o direito internacional pode funcionar como uma força positiva, capaz de promover mais estabilidade internacional, desenvolvimento e avanço dos interesses nacionais dos Estados Unidos, que tem a oportunidade de formatar a legislação internacional.

2 Definições de Lawfare: para uma compreensão de Lawfare político

Como dito anteriormente, o termo “Lawfare” foi enunciado em 2001 pelo então General da Força Aérea norte-americana Charles Dunlap (2011) e definido como “a estratégia

do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra”⁷.

Segundo Kittrie (2016, p. 1), o “Direito vem se tornando uma arma cada vez mais poderosa e prevalente do que a guerra” por conta do aumento do número de leis e tribunais internacionais, a criação de ONG’s dedicadas aos conflitos armados, a revolução na tecnologia da informação, o avanço da globalização e, bem assim, a interdependência econômica.

Kittrie afirma que apesar do conceito ter sido cunhado por um oficial do governo norte-americano, não há nenhuma estratégia ou doutrina, bem como não há escritório ou agência que sistematicamente desenvolve ou coordena um Lawfare por parte dos Estados Unidos, ou seja, uma ofensiva de Direito como arma de guerra, ou que se defenda contra essa estratégia, como ocorre com a China no entendimento do autor (KITTRIE, 2016, p. 3).

Seus exemplos de recentes casos de Lawfare são (1) as atitudes da Autoridade Palestina no sentido de internacionalizar o conflito com Israel como um problema legal, iniciando processos judiciais e investigações na Europa contra empresas acusadas de fornecer material para crimes de guerra israelenses; (2) o Reino Unido, ao invés de interceptar um navio russo que carregava helicópteros de guerra para o regime de Assad na Síria em junho de 2012, persuadiu a empresa seguradora inglesa, London’s Standard Club, a retirar o seguro do navio; (3) segundo advogados da marinha americana, a China começou uma batalha legal para negar acesso à costa marítima dos navios e aviões dos Estados Unidos, Japão e outros países da região com o objetivo de não aplicar a normas internacionais e albergar sua estratégia de não acesso, o que vem lentamente sendo bem sucedida; (4) os Talibãs vêm acomodando suas bases militares próximas a escolas, templos e hospitais, na esperança de que ataques norte americanos sejam acusados de atingir alvos civis (KITTRIE, 2016, p. 1 e 2).

Kittrie defende que a estratégia de Lawfare é normalmente menos mortal que os combates de guerra tradicionais, menos custosa financeiramente e algumas vezes mais efetiva. Em discurso de tom ufanista, o autor afirma que enquanto a vantagem dos Estados Unidos é grande no âmbito da guerra tradicional por ter armas letais mais sofisticadas, no âmbito legal essa vantagem tende a ser potencialmente ainda maior, porque a sociedade norte americana é mais orientada ao Direito, com o maior percentual de mentes brilhantes no neste campo, usando-o de forma mais criativa do que a China.

⁷ Tradução livre.

Essa defesa do uso do Direito como arma de guerra⁸ não foi a concepção inicial de Dunlap. A primeira definição já descrita, cunhada em 2001, assim como outras duas definições por ele formuladas⁹ têm pretensão de serem neutras, dependem do propósito com que a estratégia é usada. Essa compreensão neutra de Dunlap se mostra na realidade utilitarista, o que fica claro quando aponta que nas estratégias de Lawfare as leis estão sendo usadas em detrimento dos valores humanitários (DUNLAP, 2001), ao passo em que visualiza benefícios para a segurança nacional norte americana no uso do Lawfare¹⁰.

Mas Kittrie aponta que a definição fornecida por Dunlap, que foi por ele adotada em seu livro, não é a única. O autor faz menção a um grupo de advogados que mantêm o sítio na rede mundial de computadores com o nome “The Lawfare Project” e que entendem o Lawfare com uma conotação negativa.

Em pesquisa ao sítio do projeto “The Lawfare Project”, cujo subtítulo é, em tradução livre, “o exército legal da comunidade pró Israel”, é possível verificar que se trata de uma organização não governamental que tem por objetivo conter o abuso do uso do Direito como arma de guerra contra a democracia ocidental. Suas finalidades são aumentar a conscientização sobre o fenômeno do Lawfare, facilitar a resposta à má utilização do direito internacional, identificar ameaças por meio do Lawfare, entre outras.

Para a ONG “The Lawfare Project” essa é a compreensão sobre o significado do Lawfare, em tradução livre:

Lawfare significa o uso da lei como uma arma de guerra.

Denota o abuso de leis e sistemas judiciais ocidentais para alcançar fins estratégicos militares ou políticos.

Lawfare é inerentemente negativo. Não é uma coisa boa. É o oposto de buscar justiça. É usar processos frívolos e abusar de processos legais para intimidar e frustrar os oponentes no teatro de guerra. Lawfare é o novo campo de batalha legal.

(...)

Os proponentes da Lawfare manipulam as leis internacionais e nacionais de direitos humanos para realizar outros fins que não (ou contrários) àqueles para os quais eles foram originalmente promulgados. Por exemplo, a sufocação da liberdade de expressão. (2016)

⁸ É importante notar que Kittrie não concebe estar defendendo o Lawfare, mas entende adotar uma postura neutra (KITTRIE, 2016, p. 7).

⁹ Comparativamente:

1ª definição: Lawfare é “a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra.” (DUNLAP, 2011);

2ª definição: “Lawfare descreve um método de combate de Guerra no qual o Direito é usado como um meio de realização de um objetivo militar.” (DUNLAP, 2001)

3ª definição: Lawfare é “a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo de combate de guerra.” (DUNLAP, 2011).

¹⁰ Um exemplo dado por Dunlap é a criminalização do financiamento de grupos terroristas como o Talibã, como forma de dar proteção legal contra ataques terroristas e contribuir para segurança nacional dos Estados Unidos (DUNLAP, 2010)

Kittrie, todavia, rejeita a concepção negativa e, embora reconheça que alguns, mas não todos, os usos do Lawfare possam ser pejorativos, prefere um conceito neutro, na esteira de Dunlap.

Para Kittrie, para que uma ação seja qualificada como Lawfare deve passar por dois testes: (1) o autor da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pela guerra militar convencional e (2) a motivação do autor da ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário contra o qual o Lawfare está sendo manejado¹¹.

Não é difícil conceber que, da mesma forma que o Direito pode ser usado como arma de guerra cinética¹² militar tradicional, é possível verificar seu uso prático em batalhas políticas internas entre grupos políticos entre Estados soberanos ou no âmbito interno aos Estados¹³.

Essa finalidade estratégica foi inclusive identificada pela ONG “The Lawfare Project” ao afirmar que o Lawfare “denota o abuso de leis e sistemas judiciais ocidentais para alcançar fins estratégicos militares ou políticos”, introduzindo expressamente a opção política ao final de sua concepção.

As disputas por espaços de poder, antes restritas à arena política, especialmente no âmbito do parlamento, se expandem a cada dia mais para a arena jurídica, com embates no plano judicial, não apenas pelo o acesso dos políticos e partidos ao Judiciário com demandas sobre questões que estão até mesmo no dia a dia da vida parlamentar, como é o caso da discussão sobre a legalidade ou constitucionalidade de tramitações de projetos de lei ainda em discussão no Congresso Nacional, mas também com a incidência da justiça penal sobre agentes políticos, afetando diretamente as questões políticas.

Assim, inspirado na abordagem de Kittrie, podemos indicar dois testes para identificar se uma ação¹⁴ jurídica pode ser qualificada como Lawfare político: (1) o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou

¹¹ Importa dizer que KITTRIE (2016, p. 8) reconhece que a intenção do autor da ação, embora seja particularmente difícil de discernir, é normalmente uma elementar típica de um crime no direito interno dos países e o autor opta por adotá-la como um elemento de identificação de uma ação para que possa ser qualificada como Lawfare.

¹² Termo constantemente usado por Kittrie (2016, p. 11 entre outras).

¹³ O advogado Cristiano Zanin afirmou em entrevista que “Lawfare é uma palavra inglesa que representa o uso indevido dos recursos jurídicos para fins de perseguição política” (ZANIN, 2016), no entanto este não é o significado literal, tampouco o significado que originalmente lhe atribuiu Dunlap. De outro lado, mesmo a compreensão política de Lawfare não se vincula necessariamente a uma perseguição, como será exposto a seguir.

¹⁴ Para desambiguar a expressão, deve se frisar que o termo “ação” não está sendo utilizada no sentido técnico processual como sinônimo de “ação judicial”, mas no sentido de qualquer ação ou atividade juridicamente fundamentada.

similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pela ações políticas e (2) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o Lawfare esta sendo manejado.

Importa ressaltar que o segundo teste, que diz respeito à motivação, não está restrito à análise da motivação do autor da ação, mas alternativamente à análise da pessoa ou grupo político que se vale da ação para fins políticos de enfraquecimento ou destruição de um adversário, ainda que a ação jurídica tenha sido manejada por seu autor com motivação jurídica.

Far-se-á uma análise das formas de Lawfare político, a partir da apresentação das tipologias e usos de instrumentos legais apresentados por Kittrie.

3 Tipologia de Lawfare e uso de instrumentos legais do Lawfare político

Segundo Kittrie, existem dois tipos de Lawfare: (1) Lawfare instrumental, que é o uso de instrumentos legais para alcançar o mesmo efeito ou similar aos efeitos alcançados com a ação cinética militar convencional; (2) Lawfare compliance-leverage disparity, concebido para obter um ganho no campo de batalha em razão da grande influência que o Direito, especialmente o Direito dos conflitos armados, e o efeito que seus processos têm nos adversários¹⁵.

Assim como o primeiro tipo de Lawfare foi o que interessou a Kittrie, também para este trabalho interessa o Lawfare instrumental, porém compreendido como o uso de instrumentos legais para alcançar objetivos políticos.

Para Kittrie, o Lawfare instrumental pode ser executado por meio de uso de instrumentos legais nos âmbitos internacionais, nacionais e subnacionais¹⁶. Neste trabalho

¹⁵ Um dos exemplos, que por sinal já foi dado quando se fez menção a recentes exemplos de lawfare, mas que aqui se repete apenas para deixar claro, foi a atitude do Talibã de situar bases militares próximas a escolas, hospitais, templos, para acusar os Estados Unidos de violar a legislação de guerra armada pelo ataque a alvos civis (KITTRIE, 2016, p. 17).

¹⁶ Kittrie (2016, p. 12 a 17) classifica o uso dos instrumentos legais nos fóruns internacionais, nacionais e subnacionais.

No âmbito internacional, Kittrie apresenta os seguintes instrumentos: (1) criação de novas leis internacionais desenhadas para causar desvantagem a um adversário; (2) reinterpretação da legislação internacional existente também em prejuízo de um adversário; (3) geração de perseguições criminais em tribunais penais internacionais; (4) uso do direito internacional para gerar uma incômoda e prolongada investigação por organizações internacionais; (5) geração de votos de organizações internacionais para causar prejuízo a um adversário; (6) geração de opiniões de juristas sobre direito internacional em fóruns internacionais.

Instrumentos legais do direito internacional nos fóruns nacionais: (1) uso do direito internacional como fundamento para perseguição por “jurisdição universal” de oficiais de terceiros países em cortes nacionais por alegados crimes de guerra; (2) uso de direito internacional como fundamento para perseguição de empresas

será exposto o que se entende por instrumentos legais de Lawfare político, como estratégia de embate entre grupos políticos internamente aos Estados soberanos, o que, por consequência, será compreendido no âmbito nacional.

De antemão importa frisar que em todos os casos há, como de resto já foi observado, forte influência da agenda de interesses da mídia hegemônica. São esses os principais instrumentos de Lawfare político, seguidos de exemplos que os ilustrem:

(a) Iniciativa de criação de novas leis que permitam a redução de garantias no âmbito das perseguições penais.

As propostas de lei que permitam a redução de garantias no âmbito da perseguição penal não necessariamente têm a finalidade de criar efeitos similares às ações políticas, mas permitem sua utilização prática exatamente por não conferir uma proteção ao cidadão pelas garantias constitucionais.

Por exemplo, o Ministério Público Federal, em agressiva campanha de marketing que envolvia órgãos de comunicação poderosos como o jornal “O Globo” e a “Rádio CBN”¹⁷, ambos das organizações Globo, angariou mais de dois milhões de assinaturas para proposta de lei de iniciativa popular que chamou de “10 medidas contra a corrupção”. Todavia, o essencial embate de natureza política que subjazia à iniciativa do Ministério Público ficou evidente com a discussão das medidas na Câmara dos Deputados.

O pacote de muito mais do que dez medidas não se prestavam necessariamente a combater a corrupção, pois presumiam a desonestidade do investigado e afastavam suas garantias individuais (COUTINHO, 2015).

nacionais em cortes nacionais por alegados crimes de guerra; (3) uso do direito internacional como defesa para perseguições criminais em corte nacionais.

Instrumentos legais nacionais nos fóruns nacionais: (1) criação de novas leis nacionais concebidas para colocar fornecedores estrangeiros de produtos estratégicos perante a escolha entre o mercado interno e o mercado do adversário; (2) criação de novas leis nacionais que permitam processos contra grupos terroristas, seus financiadores e seus Estados responsáveis; (3) outras ações da legislatura além de criar novas leis; (4) perseguição governamental criminal nacional de organizações que financiam atividades terroristas; (5) cumprimento de ações governamentais criminais ou civis contra bancos que proveem serviços financeiros para Estados trapaceiros ou grupos terroristas; (6) permissão de processos nacionais; (7) processos civis contra Estados terroristas responsáveis por atos terroristas contra a civilização; (8) processos civis contra Estados terroristas responsáveis pela morte de pessoas que estão à serviço; (9) processos civis contra organizações e indivíduos que financiam grupos terroristas responsáveis por atos terroristas; (10) processos civis contra bancos que proveem serviços financeiros a grupos terroristas responsáveis por atos terroristas; (11) processos civis tendo por alvo empresas multinacionais por suas atividades em países diversos; (12) organizações não governamentais “classificando e difamando” empresas por ir contra o Direito nacional.

Instrumentos legais subnacionais nos fóruns subnacionais: (1) legislação subnacional; (2) execução de ações de apagamento (de empresas) subnacional; (3) execução de ações civis subnacionais contra bancos que proveem serviços financeiros para Estados trapaceiro ou grupos terroristas.

¹⁷ LISTA de apoiadores por categoria. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf>. Acessado em 13 de maio de 2017.

Diversas medidas constantes da proposta criavam mecanismos de eliminação de direitos fundamentais, como: a simulação de situações, sem o conhecimento do agente público ou empregado, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer crimes contra a administração pública, criando um absurdo cadastro de possíveis corruptos; outra hipótese violadora da presunção de inocência era a possibilidade de prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro, andando na contramão das medidas democráticas de substituição da prisão por medidas cautelares não prisionais para assegurar resultados que interessem ao processo; ainda, como exemplo, a criação de um sistema de nulidades que privilegiaria a validação de atos violadores da Constituição e da lei.

Entretanto as medidas foram alteradas nas discussões ocorridas na Câmara dos Deputados, após o debate na comissão especialmente constituída para este fim e votação no plenário da casa do Congresso.

Em sentido diverso do proposto, a Câmara aprovou algumas das medidas originalmente apresentadas na proposta e, ainda, uma outra muito diversa, que previa a punição de magistrados e membros do Ministério Público por abuso de autoridade.

Essa mudança implementada pelo Congresso deu o verdadeiro tom de disputa política institucional que envolvia a proposta das “dez medidas”. De um lado, o Ministério Público propondo mudanças na legislação penal e processual penal e com isso assumindo institucionalmente um poder político maior em detrimento das garantias fundamentais e, do outro, o congresso nacional aprovando uma medida que controla o poder do Ministério Público e dos magistrados. Tal cisão termina por escancarar a disputa entre instituições vinculadas à atividade judiciária (magistratura e Ministério Público) e o Legislativo.

Além desse exemplo, é possível apontar outras medidas que foram efetivamente criadas no âmbito do parlamento, como o que ocorreu com a criação da Lei nº 12.850/201, que especialmente em relação às Organizações Criminosas, criou ou ampliou métodos investigativos vulneradores de garantias fundamentais com a previsão de meios de investigação de prova, dos quais o mais relevante no atual cenário nacional é a colaboração premiada. A importação desta estrutura de acordo e barganha usualmente utilizado no modelo de justiça penal norteamericano¹⁸ terminou por alterar consideravelmente a perspectiva do processo penal brasileiro para uma justiça penal negociada. Isso, cumulado com a próxima

¹⁸ Por esta ocasião, faz-se oportuno ressaltar que a importação deste instituto típico da estrutura processual penal norteamericana que é a colaboração premiada se operou sem o devido cuidado de adequação à estrutura processual normativa brasileira. À luz dos direitos e garantias fundamentais consagrados pelo direito brasileiro, tal modalidade de meio de investigação de prova reputa-se excessivamente vulnerador e incompatível com o ordenamento vigente, dirigindo-se apenas aos anseios persecutórios por celeridade.

estratégia que será exposta, impulsionou uma atuação política dos órgãos de persecução criminal.

(b) Iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório.

A Lei nº 12.850/2013 criou o tipo penal de organização criminosa. Sua configuração é de tal forma aberta que não há qualquer dificuldade em adequar situações comezinhas a tal conceito legal de organização criminosa. Isso se verifica ao constatar que a colaboração premiada só deveria ser aplicada aos casos de organização criminosa e vem sendo utilizada largamente, diante da maleabilidade conceitual típica que antecede sua admissão como meio de investigação de prova.

Assim, de forma quicá inusitada, a aplicação da colaboração premiada na prática vem envolvendo o enquadramento sobretudo de agremiações, partidos ou coligações políticas no conceito de “organização criminosa”, alavancando o uso político – ou ao menos permitindo-o – dos conceitos e instrumentos jurídicos de “organização criminosa” e “colaboração premiada”.

Outro exemplo de tipificação aberta está entre as anteriormente mencionadas medidas propostas pelo Ministério Público (chamadas dez medidas contra a corrupção), mais especificamente aquela que tipifica a conduta de enriquecimento ilícito. A questão que se coloca é que essa atividade legislativa não tem por finalidade coibir uma conduta que já não estivesse tipificada, mas utilizar uma nova tipificação para inverter o ônus da prova quanto ao crime de corrupção passiva, fato esse que é expressamente reconhecido pelo Ministério Público federal ao afirmar que a iniciativa decorre da “dificuldade de provar a corrupção”, garantindo que “o agente não fique impune quando não for possível descobrir ou comprovar quais foram os atos específicos de corrupção praticados”. Trata-se de um tipo que representa uma inversão do ônus da prova em relação à corrupção e ignora a presunção de inocência pois desconsidera a possibilidade de que o aumento patrimonial tenha decorrido de atividades lícitas não demonstradas, criminalizadas por inversão do ônus probatório.

Embora não se possa analisar os efeitos práticos dessa medida, que não foi aprovada, é possível verificar a possibilidade de sua utilização para criminalizar o agente político como “corrupto”, desde que detenha um patrimônio que, embora declarado ao fisco, não esteja justificado pelos seus ganhos com a atividade política exercida.

(c) Judicialização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político.

Há certas atividades que embora sejam tradicionalmente reservadas ao âmbito de discussão político, vêm sendo judicializadas. Um claro exemplo são as discussões a respeito da criação de leis no âmbito do parlamento, que sempre foram matérias essencialmente políticas, mas estão sendo submetidas à apreciação dos tribunais.

Um caso claro de judicialização de questões essencialmente políticas é a medida cautelar em mandado de segurança nº 34.530, em que o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro questionou a validade do processo legislativo pelo qual tramitou o projeto de lei nº 4850/2016.

O Ministro Luiz Fux concedeu a medida liminar e determinou que o projeto de lei nº 4850/2016 retornasse do Senado à Câmara dos Deputados e fosse autuado como projeto de iniciativa popular, sob o argumento de que o projeto não poderia ter sido autuado como de iniciativa de parlamentares, já que obteve mais de dois milhões de assinaturas de cidadãos brasileiros e, por isso mesmo, não poderia receber emendas ao seu texto para não desfigurá-lo como de iniciativa popular (BRASIL, 2016-A).

Não se pode, no âmbito desse trabalho, como previamente dito, ignorar a existência de outra questão de suma importância: a adesão ao texto aprovado da matéria que criminaliza o abuso de autoridade de magistrados e membros do Ministério Público, o que, de acordo com a decisão, era matéria cuja iniciativa é reservada ao Supremo Tribunal Federal. Isso desvela uma disputa política entre o Parlamento e o Judiciário.

De outro lado, fica claro que o STF decidiu a respeito de processo legislativo parlamentar, exatamente o oposto do que declarou o então Presidente da Câmara dos Deputados quando em 2015 afirmou publicamente que o “STF não interfere em processo legislativo” (PITELLA JÚNIOR, 2015), por ocasião de sua manobra ao colocar em votação no dia 01 de julho de 2015 a emenda constitucional que visava reduzir a maioria penal e, ao perder a votação, colocou na pauta no dia 02 de julho de 2015, dia seguinte, novo projeto com a mesma finalidade.

De fato, mais de cem deputados impetraram o mandado de segurança nº 33.697, mas naquela ocasião a liminar foi negada pelo Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2015), diversamente do que aconteceu com o mandado de segurança nº 34.530, cuja liminar foi concedida pelo Ministro Luiz Fux. Essa situação ambígua pode desvelar uma motivação de disputa política por poder e controle de poder.

(d) Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais.

É possível verificar que leis processuais já existentes há muito tempo e que conferiam alguma proteção a direitos fundamentais até mesmo antes da nova ordem constitucional de 1988, foram reinterpretadas de forma criativa, ou seja, com a criação de regras não constantes da lei escrita, como é o caso da condução coercitiva.

A condução coercitiva é medida utilizável em três casos: (1) de acordo com o art. 260 do CPP, caso o acusado não atenda à intimação para interrogatório ou reconhecimento de pessoa, poderá ser conduzido à presença da autoridade; (2) se a testemunha regularmente intimada não comparecer poderá ser conduzida pela autoridade policial por determinação judicial, conforme art. 218 e §1º do art. 461, ambos do CPP; (3) o perito regularmente intimado que não comparecer ao ato, poderá ser conduzido por determinação da autoridade judicial, conforme art. 278 do CPP.

O primeiro caso, em se tratando de intimação para interrogatório, parece claro, não resiste à uma leitura do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição e do art. 8, número 2, alínea g da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Todavia, em qualquer cenário, mesmo no primeiro em uma interpretação meramente literal da lei, os requisitos para que seja cabível a condução coercitiva são a intimação regular do acusado, testemunha ou perito e seu não comparecimento injustificado.

O que vem acontecendo no âmbito da operação Lava Jato é o uso indiscriminado da condução coercitiva. Como se pode verificar pelo próprio sítio na rede mundial de computadores criado pelo Ministério Público federal para divulgar a operação¹⁹, até o momento em que este trabalho foi redigido foram executadas 207 conduções coercitivas, das quais de maior repercussão foi a condução do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Inobstante se possa afirmar que a decisão que determinou a condução coercitiva do ex-Presidente não tinha conteúdo político, porquanto apesar de criativa (no sentido de criar regras diversas daquelas expressas na lei), uma vez que foi determinada sem que o mesmo tivesse sido previamente intimado para o ato, atendeu ao mesmo critério que o juiz utilizou para autorizar as demais 206, há um dado que coloca em xeque sua independência do contexto político-midiático.

É que, sob o argumento de que impedir as filmagens e sua utilização seria um ato de censura, o juiz Sérgio Moro, afirmou que não autorizou a revista Veja e à produção do filme “Polícia Federal – a lei é para todos” que filmassem a condução coercitiva, mas também não impediu sua divulgação.

¹⁹ A Lava Jato em números. Disponível em <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acessado em 23 de maio de 2017.

A questão que se coloca é como produtores de um filme e um órgão de imprensa tinham conhecimento prévio de uma ação de natureza sigilosa?

Há uma conjunção de fatores convergindo para o uso político do Direito, senão por aqueles que praticam a ação, ao menos a ação possibilita o uso seu político por outros agentes.

(e) Instaurações de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos.

A estratégia de instaurar persecuções penais para fins de perseguição pessoal não é nova, mas aqui estamos tratando não de uma perseguição pessoal, e sim de um ato de controle político.

Foi o que aconteceu, por exemplo, quando o então governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, para conter as grandes manifestações populares de junho de 2013, se utilizou do sistema penal para afastar garantias ao arrepio das regras constitucionais.

Após protestos realizados no Leblon, bairro onde morava o então governador, Sérgio Cabral convocou uma reunião de emergência com a “cúpula da segurança” do Estado²⁰ e no dia seguinte editou o Decreto nº 44.302 de 19 de julho de 2013.

O Decreto evidencia claramente o desejo de manusear o sistema penal contra as vozes de protesto político que ecoavam das ruas ao utilizar no preâmbulo que o ato se dirigia aos “grupos organizados” que perpetraram “atos de vandalismo”. Para tanto criou uma “Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas – CEIV”, composta pelo Ministério Público, pela Secretaria de Segurança Pública, pela Polícia Civil e pela Polícia Militar (nenhuma participação dos setores da sociedade que se manifestava nas ruas), com poderes inclusive de quebrar sigilos que a Constituição Federal considera invioláveis.

O referido Decreto vilipendiou os direitos fundamentais, afastou as garantias constitucionais e atribuiu a esta Comissão poderes de, sem ordem judicial e com prioridade, obter diretamente das Operadoras de Telefonia, informações para investigar os atos de “vandalismo”, com claro objetivo de conter as manifestações políticas que então o assolavam.

(f) Divulgações de persecuções criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos.

Naturalmente a imprensa tem uma agenda de cobertura de eventos relacionados ao Direito que não é de hoje. Basta ver que as páginas de notícias policiais sempre ocuparam os

²⁰ Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. **R7**. 18 de julho de 2013. Disponível em <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>. Acessado em 23 de maio de 2017.

tabloides de notícias. No entanto é possível observar que as notícias sobre processos judiciais e ações policiais passaram a ter uma importante função política.

Pior do que a atuação da imprensa, agentes que antes não tinham uma função política (ao menos não macropolítica) passam a exercer atividades que excedem a função que lhes é legalmente atribuída e atuam como agentes políticos, com consequências práticas de suas atuações não convencionais.

Dois exemplos podem ser dados sobre essa situação.

A primeira é a famosa apresentação pública em Powerpoint feita em entrevista coletiva concedida em um hotel de Curitiba em setembro de 2016 por Deltan Dallagnol, um dos procuradores da república integrantes da força-tarefa do Ministério Público federal que atua investigando e acusando nos processos da “operação Lava Jato” e responsável por denunciar o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A apresentação, que consistia na exposição de um círculo ao centro do slide com a palavra “Lula” em caixa alta e mais 14 círculos o rodeando e para ele apontando, indicando ser ele o vértice de um esquema de corrupção. Todavia, além da evidente exposição pública de um caso que deveria ser apenas uma acusação em sede judicial, expunha entre os 14 círculos que apontavam para “Lula” diversas expressões com conotação política como “poder de decisão”, “governabilidade corrompida” e “perpetuação criminosa no poder”, denotando uma confusão entre a atuação jurídica e a perspectiva política.

Embora os procuradores neguem a atuação política, Teori Zavascki, então Ministro do STF e relator dos processos da “Operação Lava Jato” naquele órgão, ao negar a Reclamação da defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para afastar o juiz Sérgio Moro do exercício da jurisdição dos processos envolvendo o ex-Presidente porque havia dito em determinada decisão que ele era suspeito de ser o “arquiteto do esquema criminoso que vitimou a Petrobras”, afirmou que a exposição em entrevista coletiva concedida pelos procuradores da força tarefa colocando o “(...) Presidente Lula como líder da organização criminosa, dando a impressão sim, de que se estaria investigando essa organização criminosa, mas o objeto da denúncia não foi nada disso” e arrematou “essa espetacularização do episódio não é compatível nem com o objeto da denúncia, nem com a seriedade que se exige (...)” (MASCARENHAS, 2016).

Se afigura muito claro que, além de não condizer com a função do Ministério Público no processo penal uma exposição pública da acusação, o que poderia denotar apenas um excessivo culto ao próprio ego e não uma atuação política, a utilização da técnica de centralizar a exposição na pessoa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva com expressões

excessivamente políticas que não tinham reconhecidamente relação com o objeto da denúncia, permitem concluir ter havido uma atuação política dos procuradores da república que participaram da entrevista à imprensa.

O outro caso em que a divulgação de atos processuais pode estar relacionada a objetivos políticos foi a publicização pelo juiz Sergio Moro das conversas entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff, gravada no âmbito de um monitoramento telefônico legalmente autorizado pelo próprio magistrado.

O assunto é muito complexo e merece tratamento por estudo específico mais aprofundado, mas é perfeitamente possível verificar que o juiz Sergio Moro divulgou as conversas travadas entre o ex-Presidente e a então Presidente ao argumento de que assim propiciaria “a ampla defesa e a publicidade” (BRASIL, 2016-B), mesmo sabendo que estaria decidindo a respeito de uma autoridade que naquele momento estava submetida à jurisdição do STF.

De outro lado, naquele exato dia o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva estava assumindo o cargo de Chefe da Casa Civil do governo de Dilma Rousseff e com a divulgação daquelas conversas sua nomeação foi sustada por decisão do Ministro Gilmar Mendes em sede de decisão liminar em decorrência de dois mandados de segurança impetrados pelo Partido Popular Socialista e pelo Partido da Social Democracia Brasileira que se fundaram exatamente no conteúdo das conversas divulgadas (BRASIL, 2016-C e 2016-D).

Portanto, ainda que se admita que o juiz Sergio Moro não agiu com finalidade política, decerto permitiu a utilização da ação jurídica com finalidade política por grupos políticos de matiz diverso da pessoa que estava sendo investigada.

Conclusão

O problema que se propôs a resolver com o presente estudo, quanto à possibilidade da utilização do sistema penal como instrumento de condução política, conforme se verificou pelo desenvolvimento do trabalho, não apenas merece resposta positiva, mas inclusive os problemas secundários se mostram ocorrentes, ou seja, é isso que vem se operando no Brasil, onde a agenda político-midiática vem afetando as ações jurídicas.

Essa análise pode ser feita a partir da teoria norte americana do Lawfare, que analisa a utilização prática do Direito como uma arma de guerra.

Enunciado por Charles Dunlap em 2001, Lawfare define-se como “a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra”.

As disputas por espaços de poder, antes restritas à arena política, especialmente no âmbito do parlamento, se expandem a cada dia mais para a arena jurídica, o que permite compreender que o Direito vem sendo utilizado como um instrumento de embate político.

Dois testes para aferição do Lawfare político são: (1) o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pelas ações políticas e (2) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que a utilizam deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o Lawfare está sendo manejado.

Segundo Kittrie, há dois tipos de Lawfare: (1) Lawfare instrumental, que é o uso de instrumentos legais para alcançar o mesmo efeito ou similar aos efeitos alcançados com a ação cinética militar convencional; (2) Lawfare compliance-leverage disparity, concebido para obter um ganho no campo de batalha em razão da grande influência que o Direito - especialmente o Direito dos conflitos armados - e o efeito de seus processos têm sobre os adversários.

No âmbito do Lawfare instrumental, é importante identificar alguns instrumentos legais que são usados para alcançar objetivos políticos: (a) Iniciativa de criação de novas leis que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais; (b) Iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório; (c) Judicialização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político; (d) Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais; (e) Instaurações de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos; (f) Divulgações de persecuções criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos.

Esse manejar bélico dos instrumentos judiciais acaba por mascarar, total ou parcialmente, a prática de ataques políticos, recobertos por um véu de legalidade estrita. Neste contexto, a manipulação do ideário social se opera de modo mais sutil e propicia uma maior proteção ao(s) autor(es) frente às críticas do indivíduo ou grupo alvo das táticas de Lawfare político.

Ao aliar o uso político do ordenamento e maquinário jurídico à agenda panfletária midiática, o Lawfare político prova-se uma poderosa arma, sendo possível afirmar que tal

recurso vem sendo empregado no cenário brasileiro de maneira sistemática, como bem demonstram os (quase) monotemáticos editoriais e publicações jornalísticas, centrados no eixo perseguição/processamento de figuras políticas.

Referências

A Lava Jato em números. Disponível em <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acessado em 23 de maio de 2017.

Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. **R7**. 18 de julho de 2013. Disponível em <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>. Acessado em 23 de maio de 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias das testemunhas e seu possível impacto carcerário. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. vol. 2, n. 1, p. 15 a 27, 2014.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530. relator Ministro Luiz Fux. 14 de dezembro de 2016-A. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corrupcao.pdf>. Acessado em 13 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.697. relator Ministro Gilmar Mendes. relator da liminar em medida cautelar Ministro Celso de Mello. 10 de julho de 2015. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-maioridade.pdf>. Acessado em 14 de maio de 2017.

_____. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro. 16 de março de 2016-B. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acessado em 23 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070. relator Ministro Gilmar Mendes. 18 de março de 2016-C. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acessados em 23 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.071. relator Ministro Gilmar Mendes. 18 de março de 2016-D. <http://s.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>. Acessados em 23 de maio 2017.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

COLON, Leandro et al. Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro. **Folha de São Paulo** (on line). 04/03/2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>. Acessado em 24 de maio de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas. **Boletim IBCCRIM**. vol. 277, dez 2015.

DIONÍSIO, Bibiana et al. Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro. **G1**. 19/10/2016. Disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>. Acessado em 24 de maio de 2017.

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare Today... and Tomorrow in: **International Law and Changing Character of War**. Raul A. Pete Pedrozo e Daria P. Wollsschlaeger editores, 2011, p. 315. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acessado em 06 de maio de 2017.

_____. **Lawfare. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts**. Conferência proferida no evento Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Kennedy School of Government, Washington D.C., 29 nov 2001. Disponível em <<http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>. Acessado em 06 de maio de 2017.

_____. **Does Lawfare need an apologia?**. Conferência apresentada a Case Western University School of Law. Em 10 set 2010. Disponível em <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=236126126100122090030031123080071126039041069077000060066091085097103113110005103095058000057047061023060098031104067086003124056073082011074080093095090121084031098073054079124068111115000092080103066072088008110093123020027101010082065087006085081089&EXT=pdf>>. Acessado em 06 de maio de 2017.)

FALCONE, Pietro. I processi per le stragi di capaci e via d'amelio: le questioni processuali in tema di valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, e di incompatibilità dei giudici dopo le sentenze della corte costituzionale e PIGNATONE, Giuseppe. La valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia: evoluzione normativa e giurisprudenziale. In: TINEBRA, Giovanni; ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). **Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze**. Milão: Giuffrè, 2011.

JARDIM, Lauro. **Não havia nada de concreto mas agora há**. Entrevistador: Milton Jung. 18 de maio de 2017. Disponível em <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/87989/nao-havia-nada-concreto-mas-agora-ha-diz-lauro-jar.htm>. Acessado em 23 de maio de 2017.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2015.

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

LISTA de apoiadores por categoria. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf>. Acessado em 13 de maio de 2017.

MASCARENHAS, Gabriel. STF nega recurso de Lula e Teori critica ‘espetacularização’ na Lava Jato. **Folha de São Paulo** (on line). 04 de outubro de 2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-teori-critica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml>. Acessado em 23 de maio de 2017.

O que é Lawfare? Disponível em < <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>>. Acessado em 06 mai 2017.

PITELLA JÚNIOR, João. STF não interfere no processo legislativo, diz Eduardo Cunha. Agência Câmara Notícias. 03 de julho de 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491620-STF-NAO-INTERFERE-NO-PROCESSO-LEGISLATIVO,-DIZ-EDUARDO-CUNHA.html>. Acessado em 14 mai 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIVKIN, David B. e CASEY, Lee A. The Rocky Shoals of International Law. In: WOOLSEY, James (organizador). **National Interest on International Law and Order**. Nova Jersey: Transaction Publisher, 2003, p. 3/15.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZANIN, Cristiano. **Lawfare**. Entrevistador: Brenno Tardelli. 17 de novembro de 2016. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguiacao-politica/>. Acessado 24 de maio de 2017.