

# As Dimensões do Lawfare e a Insegurança Jurídica: A Normalização de um Estado Kafkiano

Pedro Henrique do Prado Haram Colucci<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo visa explorar o fenômeno do *lawfare*, e o seu impacto na segurança jurídica dos ordenamentos, onde o direito é utilizado como arma de guerra, e as suas dimensões de aplicação escancaram o processo de infiltração política e ideológica no Poder Judiciário. O objeto principal do trabalho é a consideração de que a exceção é transformada agora em regra, ela é uma dimensão que opera dentro da racionalidade do neoliberalismo, onde a flexibilização de garantias e características essenciais de um Estado Democrático de Direito são possibilitadas em nome de uma agenda de produção e reprodução do capital. Investiga-se, portanto, as práticas autoritárias de exceção que são normalizadas por simulacros de ritos processuais, tendo em vista contribuir na compreensão dos processos de desgaste de garantias. Ao abordar a normalização do esvaziamento dos princípios democráticos e a erosão das instituições, realiza-se um paralelo com a obra de Franz Kafka, onde a exceção, o absurdo e a completa apatia dos atores frente à opressão de uma realidade desvirtuada se tornam questões meramente protocolares. Trata-se de uma pesquisa de cunho exploratório, uma vez que se pretende promover uma maior familiaridade com o tema, que descortina uma discussão contemporânea sobre os limites das instituições, tanto no plano interno, como no Sistema Internacional. A abordagem do tema é qualitativa, e a técnica utilizada é a revisão bibliográfica. Quanto ao procedimento metodológico, é utilizado o sociojurídico-crítico, que busca discutir, a partir de uma aproximação interdisciplinar, o fenômeno com as estruturas jurídico-políticas vigentes, contestando suas contradições e os seus pressupostos de legitimidade.

**Palavras-chave:** *Lawfare* - Segurança Jurídica - Estado de Exceção - Autoritarismo.

## Abstract

This article aims to explore the phenomenon of *lawfare*, and its impact on the legal security of legal systems, where the law is used as a weapon of war, and its dimensions of application have escaped the process of political and ideological and have infiltrated into the Judiciary. The main object of this work is the

---

<sup>1</sup> Pedro Henrique do Prado Haram Colucci. Aluno do curso de Direito da Faculdade de Direito de Franca (FDF). Email: pedropradocolucci@gmail.com.

consideration that the exception is now transformed into a rule, it is a dimension that operates within the rationality of neoliberalism, where the flexibilization of guarantees and essential characteristics of a Democratic State of Law are made possible in the name of an agenda of production and reproduction of capital. Therefore, we investigate the authoritarian practices of exception that are normalized by simulations of procedural rites, in order to contribute to the understanding of the processes of attrition of guarantees. In addressing the normalization of the emptying of democratic principles and the erosion of institutions, a parallel is made with the work of Franz Kafka, where the exception, the absurdity and the complete apathy of the actors in face of the oppression of a distorted reality, become merely protocolary issues. This is an exploratory research, since the aim is to promote a greater familiarity with the subject, which reveals a contemporary discussion on the limits of institutions, both internally and in the international system. The approach to the theme is qualitative, and the technique used is the bibliographical review. As for the methodological procedure, the socio-juridical-critical one is used, which seeks to discuss, from an interdisciplinary approach, the phenomenon with the legal-political structures in force, contesting its contradictions and its assumptions of legitimacy.

**Keywords:** Lawfare; Legal security; Exception state; Authoritarianism.

---

## Introdução

Partindo da observação das transformações que ocorrem no centro das configurações dos Estados, e o ponto de inflexão autoritário que se molda de forma crescente dentro das instituições, procura-se apontar, em um primeiro momento, a mudança no perfil das guerras no mundo contemporâneo, se distanciando dos conflitos clássicos, passando por uma transformação de confrontos declarados em disputas indiretas. Essa transfiguração se dá por meio da utilização da lei como instrumento de ataque e pressuposto de legitimação, lançando mão de novas dinâmicas de infiltração política no Poder Judiciário.

É objetivo deste trabalho apresentar as definições de *lawfare*, isto é, o fenômeno que instrumentaliza o Direito como ferramenta de perseguição e disputa política, que se constrói dentro do novo paradigma de guerras irregulares, como uma prática de guerra híbrida, tornando o direito em arma, instrumentalizando a legislação para fins políticos que, invariavelmente, impactam os alicerces democráticos que sustentam o corpo social de um Estado.

Seguidamente, a intenção é expor o espaço midiático de influência como fator que compõe as práticas de *lawfare*. Ao longo do desenvolvimento, será discutido como o Direito Penal e o Direito Processual Penal são corrompidos,

utilizados em prol da legitimação das práticas autoritárias, mitigando o direito de defesa e limando qualquer expectativa de segurança jurídica. Assim, a perpetuação do *lawfare* é tornada possível, delimitando quem são os inimigos para a opinião popular e transformando o processo, já esvaziado de princípios constitucionais, em um espetáculo de caça ao alvo.

Desta forma, percebe-se uma metamorfose nas dinâmicas de aplicação desses instrumentos, que eram utilizados como ferramentas retóricas em disputas no âmbito do sistema internacional, para apontar que determinado Estado estava atacando seu adversário por meio de interpretações escusas de tratados e princípios. Com a internalização dessas práticas nos processos judiciais entre indivíduo e Estado, o *lawfare* se difundiu e virou uma prática doméstica, passando a ser travado em salas de tribunais nacionais. Dentro do cenário de esvaziamento dos direitos fundamentais e de erosão das instituições, será construído um paralelo com a obra de Franz Kafka, onde a exceção, o absurdo e a completa apatia dos atores frente à opressão de uma realidade desvirtuada, se tornam questões meramente protocolares.

### **A Guerra Jurídica como Instrumento Político**

Clausewitz define guerra como “um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade” (apud MEI & SAINT-PIERRE, 2013). A guerra apresenta-se, portanto, como uma manifestação do poder. Weber define poder como “a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade” (apud MEI & SAINT-PIERRE, 2013). Fiori define poder como “uma relação que se constitui e se define, tautologicamente, pela disputa e pela luta contínua pelo próprio poder. Em qualquer nível de abstração e em qualquer tempo ou lugar, independentemente do conteúdo concreto de cada relação de poder em particular” (2014, p. 18).

O *lawfare* nasce da contração das palavras *law* (lei, Direito) e *warfare* (guerra), e significa originalmente uma disputa política travada no campo jurídico como substituição de um conflito armado (ZANIN; MARTINS; VALIM, 2019, p.10). Com as implicações decorridas das complexidades da (pós-) modernidade, o termo adquiriu contornos mais latentes e passou-se a se utilizar da legislação como arma contra os inimigos políticos selecionados. As armas

são as distorções das leis e os efeitos destrutivos que resultam de interpretações escusas sobre princípios, procedimentos e categorias.

O *lawfare* é definido por John e Jean Comaroff como “o uso de meios legais para fins políticos e econômicos” (2009, p. 56, tradução nossa)<sup>2</sup>. Trata-se de uma série de manobras espúrias que instrumentalizam o direito para caçar e deslegitimar oponentes políticos. Direitos fundamentais são flexibilizados, e a defesa é cerceada. Ocorre a instalação tácita de um princípio de “presunção de culpabilidade” sobre o acusado, invertendo-se assim, sorrateiramente, o ônus da prova, como analisa Antônio Oneildo Ferreira:

Há algo extremamente problemático aqui: a presunção de inocência é a regra constitucional. Optar pela presunção de culpabilidade acarreta uma grave fissura no pacto constitucional e atinge diretamente o âmago da democracia. Se o acusado já se presume culpado, o processo penal configurará apenas um meio de aniquilação, ou na melhor das hipóteses um simulacro, em que a incriminação já é um resultado predeterminado e inescrutável (ONEILDO, 2018, p. 3).

Conforme Clausewitz (apud MEI & SAINT-PIERRE, 2013) afirma, “a guerra nada mais é do que a continuação da política por outros meios”, o *lawfare*, por sua vez, é a manifestação de interesses políticos através da instrumentalização do direito, se valendo de trâmites processuais desvirtuados, porém chancelados pelas instituições, para a perseguição de oponentes. É a instrumentalização do direito como arma de guerra. Este fenômeno é uma manifestação direta de práticas de guerra híbrida, isto é, o “embaçamento dos modos de guerra, o embaçamento de quem luta, e que tecnologias são trazidas à luta, produz uma grande variedade e complexidade que chamamos de Guerra Híbrida” (HOFFMAN, 2007, p. 14, tradução nossa)<sup>3</sup>, e é o que Andrew Korybko define como “caos administrado” (2018, p. 20). Logo, é uma forma de racionalizar e operar o conflito em que diferentes atores buscam alcançar seus objetivos combinando métodos convencionais e não convencionais de influência para flexibilizar os resultados e os espaços de conflito.

Por conseguinte, o processo se torna apenas uma transição para a condenação, os ritos e as garantias do réu são esvaziados, tratados pelo Sistema de Justiça como meras protelações de uma sentença inevitável. O curso do processo se torna meramente um caminho já delineado para encaixar o acusado na condenação, e princípios consagrados como o do devido processo legal são superados conforme a necessidade e o momento. Lênio Streck expõe:

<sup>2</sup> No original: “The use of legal means for political and economic ends.”

<sup>3</sup> No original: “the blurring of modes of war, the blurring of who fights, and what technologies are brought to bear, produces a wide range of variety and complexity that we call Hybrid Warfare.”

A inversão do ônus da prova é uma forma de *lawfare*. Se está na lei processual que o ônus da prova é do acusador, de que modo se pode transferir esse ônus ao réu? Resposta simples: utilizando o Direito como “não Direito”, substituindo os meios democráticos de aferição da culpa. Outra forma de *lawfare* é lançar mão do “método” primeiro decido e depois busco o fundamento. Trata-se, nesse caso, de colocar os fins (condenação) em primeiro plano, deixando os meios apenas como ornamento. Em termos de paradigmas filosóficos, trata-se de uma fraude. Do mesmo modo, quando a Constituição estabelece claramente uma garantia e a Suprema Corte a torna tabula rasa, também estará presente a prática de *lawfare* (STRECK, 2018, p. 120).

Com isso, há a espetacularização kafkiana do poder Judiciário e das forças policiais. Isto é, em outras palavras, o absurdo transformado em padrão, gerando uma hipertrofia punitivista que encontra sua legitimação por meio da opinião pública, enquanto opera manobras políticas por meio de processos que, na superfície, se mostram aparentemente legais.

## O Espaço de Influência da Mídia

O objetivo das práticas de *lawfare* é devastar a reputação do alvo através do maior número de ações judiciais possíveis, mesmo que estas não contenham qualquer fundamentação jurídica plausível para a persecução penal. Rafael Valim aponta:

Desnecessário dizer que, neste contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo do direito de defesa. Daí deriva, igualmente, o que Pedro Serrano argutamente identifica como o estado de exceção na “rotina das sociedades democráticas”, em convivência com as prerrogativas excepcionais previstas para situações de “defesa do Estado ou da sociedade”. Não só o Poder Executivo, por intermédio de medidas de polícia administrativa, mas também o Poder Judiciário se converte em fonte de exceção (VALIM, 2017, p. 12).

Adicionalmente, a semióloga Susan Tiefenbrun, ao definir o *lawfare*, insere uma dimensão particular do fenômeno ao interpretá-lo como “uma arma projetada para destruir o inimigo usando, abusando e mal utilizando do sistema legal e da mídia, a fim de suscitar protestos públicos contra esse inimigo” (2011, p. 1, tradução nossa)<sup>4</sup>. Desta forma, a autora introduz o fator midiático como essencialmente constitutivo para se lançar mão dessas práticas, que adquirem sustentação através da manipulação da opinião pública. Dentro da mesma perspectiva, Casara assevera:

---

<sup>4</sup> No original: “A weapon designed to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media in order to raise a public outcry against that enemy.”

Ademais, não se pode ignorar o processo, nada democrático (ou pós-democrático), de formação da opinião pública (que envolve desinformação, manipulação de verdades, deformação da realidade social, recurso ao medo como fator de coesão social, entre outras formas de criar “consensos”), em especial o papel dos meios de comunicação, que também repercute nos rumos do processo penal voltado para o espetáculo (CASARA, 2017, p.113).

Como Casara (2019, p.130) demonstra “o juiz-soldado, não raro, acredita que tem a missão de livrar o mundo dos inimigos, ainda que imaginários”. A criação de heróis, que se portam como se fossem guardiões da lei aos olhos da opinião pública, é outro fator decorrente da prática do *lawfare*, os atores que distorcem a lei para a consecução de seus fins estão permeados por ideias salvacionistas. Eles próprios violam a lei para, essencialmente, fingir que estão protegendo uma espécie de bem comum, e isso se manifesta cabalmente através da luta contra a corrupção, motivo conveniente em uma tradição em que a linha entre o legal e o ilegal é inerentemente codificada e manipulável, podendo ser projetada diretamente sobre o acusado, enquanto o próprio acusador pratica arbitrariedades e excessos. A finalidade é criar prejuízos, atacar o inimigo por todas as frentes, relativizando a Constituição e os limites do poder de punir estatal.

### **A Sedimentação de um Limbo Legal**

A tradição do constitucionalismo liberal, por meio de novos valores e garantias, visava construir um novo regime de estrita legalidade, buscando conter os excessos do monopólio do uso da força por parte do Estado. A segurança jurídica é um princípio garantido pelo Estado ao seu cidadão, é uma condição de existência e legitimidade, apesar do Estado ter um poder maior referendado pela Constituição, a utilização deste poder deve ser dosada e controlada. Celso Bandeira de Melo assinala:

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo (MELO, 2005, p. 118.)

Isto posto, permitindo a intervenção estatal apenas quando aqueles bens positivados na Magna Carta fossem violados, a segurança jurídica tem como corolário a certeza do direito numa eventual intervenção penal. Como aponta Francisco Muñoz Conde:

(...) se apresenta assim como uma consequência do princípio de intervenção legalizada do poder punitivo estatal e igualmente como uma conquista irreversível do pensamento democrático. (...) A ideia do Estado de Direito exige que as normas que regulam a conveniência sejam conhecidas e aplicadas, além de serem elaboradas por um determinado procedimento, de um modo racional e seguro, que evite o acaso e a arbitrariedade em sua aplicação e que as dote de uma força de convicção tal que sejam aceitas pela maioria dos membros da comunidade (CONDE, 1975. p. 135-136).

A lei penal só deverá se apresentar quando for absolutamente necessária, em *ultima ratio*, para a manutenção da comunidade. Ao se encarregar da proteção de pontos fulcrais do corpo social, como a garantia dos direitos fundamentais, o direito penal necessita garantir a segurança jurídica para que estes prevaleçam. O princípio da legalidade, plasmado dentro da segurança jurídica, sinaliza os meios de legitimação do direito de punir do Estado. Humberto Theodoro Júnior sustenta:

Diz-se então que o Estado de Direito se organiza por meio de um sistema político e jurídico voltado para proteção dos direitos fundamentais. É nesse Estado de Direito preparado para tutelar os direitos fundamentais que, aos princípios clássicos, da separação dos poderes, da legalidade e da proporcionalidade, se agrega o princípio da segurança jurídica, dentro das exigências materiais do atual Estado de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 101)

Logo, a elaboração das normas penais deve possibilitar a uniformização e capacidade por parte do cidadão de prever os efeitos da intervenção penal, limando as arbitrariedades e os instintos autoritários. A partir do pensamento de Nilo Batista, o princípio da legalidade é a “base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire a segurança jurídica” (BATISTA, 1999, p. 67). Assim sendo, Humberto Theodoro Júnior complementa:

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou como uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 97.)

O *lawfare* é a prática que nega a segurança jurídica ao outro, esta garantia é suspensa em nome de uma perseguição política travada nos limites das formalidades processuais. A suspensão da segurança jurídica representa o esvaziamento de uma cadeia de princípios que fazem parte do seu corpo constitucional de garantias. Dentro da perspectiva basilar dos princípios, Celso Bandeira de Melo pontua:



Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELO, 2005, p. 912-913).

Ao se debruçar sobre a questão da segurança jurídica, Canotilho (2002) elenca as características de um ordenamento que preza pela taxatividade de suas normas e pela efetivação das garantias:

1. fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder;
2. de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial (CANOTILHO, 2002, p.257).

Desta forma, o *lawfare* rompe com garantias fulcrais de um Estado Democrático de Direito, afirma-se como um anti-direito, um mero instrumento agressivo e escuso de se fazer política, que opera por meio de um véu que esconde a ausência do devido processo legal e sabota a transparência dos atos de poder. Os efeitos nefastos dessas manobras maculam a fiabilidade das decisões do Sistema de Justiça, ao passo que a segurança jurídica é relativizada e negada, o Judiciário passa a assumir o papel de mero carimbador, de registro de protocolos.

### **A Figura Manipulável do Inimigo**

A manipulação escusa da aplicação da lei inaugura medidas de exceção que se tornaram regra, quando os Estados adotaram o controle da vida e a suspensão de direitos fundamentais como forma de administração, a relativização ou supressão de direitos fundamentais passam a definir o sistema de governo. O cidadão se transforma, na perspectiva do Estado, em um elemento que precisa ser controlado, ocorre uma ruptura de poder e as leis vão perdendo sua legitimidade e, como consequência, as bases das constituições democráticas são enfraquecidas.

Opera-se na lógica dual e assimétrica do amigo e do inimigo trabalhada por Carl Schmitt (1992), que foi sintetizada em uma teoria jurídica radical criada por Günther Jakobs (2005), denominada “Direito Penal do Inimigo”, que defende diretamente a criação de um novo direito penal, questionando o papel que o mesmo tem exercido, discutindo a sua eficácia em garantir o contrato social,



defendendo o esvaziamento de garantias para, conseqüentemente, chegar ao seu objetivo: a existência de um direito penal dirigido aos cidadãos e outro configurado para o inimigo. Este é definido pelo risco eminente que oferece, sendo exaurido o seu reconhecimento como pessoa, engendrando uma forma de combate ao indivíduo, e não ao fato. Isso institui abertamente um direito penal do autor, que se preocupa mais em estigmatizar indivíduos por ameaças em potencial do que com a realidade concreta.

Esse argumento só se sustenta dentro de uma lógica de guerra, que institui exceções para anular liberdades. Como explica Jesús-María Silva Sánchez, é possível, assim, “uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais” (2013, p. 193). Nas palavras de Valim:

Não é fortuito, pois, o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se convertido no binômio amigo (titular de direitos fundamentais) e inimigo (destinatário do estado de exceção), de que nos fala Carl Schmitt. A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate. (VALIM, 2017, p. 12)

A tripartição dos poderes, através do seu sistema de *checks and balances*, serviria para coibir os excessos internos de cada um dos poderes da república, protegendo o cidadão das arbitrariedades que possam emanar dos desequilíbrios entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Porém, como os ritos são seguidos apenas formalmente, o arbítrio é camuflado. Antônio Oneildo Ferreira conclui:

Em síntese, o *lawfare* se mostra um meio mais eficiente e menos dispendioso de desacreditar publicamente um adversário político e, assim, intervir nos rumos da vida política por intermédio de manipulação e instrumentalização do direito. A partir daí, basta a articulação entre interesses políticos escusos e a atuação associada do Poder Judiciário e do Ministério Público, capaz de criar um clamor em segmentos da opinião pública, para que alguém seja privado de sua liberdade ou de sua participação na esfera política. A preocupação central da arquitetura institucional das constituições democráticas é a criação de estruturas capazes de blindar a cidadania contra a tirania do Estado, tais como a separação de poderes baseada em um modelo de freios e contrapesos. O *lawfare* deturpa totalmente essa estrutura de equilíbrio do poder. Dificilmente se poderia conceber um destino mais dramático para um Estado de direito (ONEILDO FERREIRA, 2018, p. 4).

Além dos inimigos eleitos pelo Estado para uma perseguição jurídico-política, existem aqueles que deixaram de ser interessantes para a produção e reprodução do capital e passam a ter suas garantias como cidadãos anuladas e

suas vidas coordenadas pela exceção, prática que Casara (2017) denomina de “gestão dos indesejáveis”, onde:

A violação de direitos torna-se a regra em desfavor de determinadas pessoas. É assim para quem não interessa à sociedade de consumo e ao mercado (por não ser necessário ao processo de produção ou não dispor de capacidade econômica para consumir), para quem incomoda as elites (aqui entendidas como a parcela da sociedade que detém o poder político e/ou econômico) e para quem desequilibra em favor do oprimido a relação historicamente marcada pela vitória do opressor. Em todos esses casos, pode-se, como Benjamin, em sua tese VIII “Sobre o conceito de história”, afirmar que o “Estado de Exceção” em que se vive é a regra. No Brasil, mas não só aqui, a violação da normatividade constitucional se tornou regra. (CASARA, 2017, p. 50)

A exceção para esses grupos indesejados e despossuídos não é disfarçada pelos simulacros democráticos, mas é feita de forma escancarada. Ela é a completa ausência de garantias, logo, o direito penal vira mera ferramenta para o recrudescimento de um Estado policalesco. Dessa forma, a consolidação da práxis de exceção só encontra possibilidade de se viabilizar em uma sociedade que já se encontra polarizada e docilizada, suas referências de funcionamento das instituições já estão corrompidas pelo processo de espetacularização dos ritos judiciais e da criminalização da política. Valim complementa:

Este quadro está inserido no que podemos chamar de racionalidade neoliberal, que alguns querem apresentar como uma consequência inelutável da globalização, mas que, em rigor, valendo-nos da terminologia foucaultiana, traduz um dispositivo de natureza estratégica que propugna uma sociedade individualista, altamente competitiva, cujas pulsões são falsamente satisfeitas através do consumo e cujos juízos são construídos em um ambiente marcado pela espetacularização. Trata-se de um eterno presente que sacraliza o êxito individual e condena o fracasso, tendo como pano de fundo o embuste da “meritocracia” em sociedades profundamente desiguais (VALIM, 2017, p. 11).

Eugenio Zaffaroni (2007) apresenta um quadro geral do espírito do tempo de nossa época, do *zeitgeist*, que acelera os processos de desintegração democrática pelo mundo, ligado intimamente com o processo de expansão do capitalismo:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem precedentes, a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade (ZAFFARONI, 2007, ps. 15-16)

A possibilidade de existência do *lawfare* é consequência de uma época, remete ao estágio extremo de judicialização da política e de seu caráter mútuo, onde a justiça é politizada e, como consequência, instrumentalizada para operar conforme os interesses de grupos políticos.

### A Dimensão Internacional do *Lawfare*

O contexto internacional permeia a própria definição do fenômeno do *lawfare*. O sólido sistema institucional de proteção dos direitos humanos, originado da Declaração Universal dos Direitos Humanos erigida pela Organização das Nações Unidas, tem como função fiscalizar e impulsionar os Estados-membros a seguirem os valores positivados na carta. A partir do século XXI, as denúncias impetradas através da plataforma criada pela ONU para pressionar seus membros, passaram a ser assimiladas como *lawfare* pela comunidade internacional, uma forma de coagir o alvo sem que se utilize do recurso armado, com base na instrumentalização do direito internacional dos direitos humanos para fins políticos. Kittrie complementa:

O direito está se tornando uma arma de guerra cada vez mais poderosa e predominante. As razões para esse crescimento incluem o aumento do número e alcance de leis e tribunais internacionais, o surgimento de organizações não-governamentais (ONGs) focadas na lei de conflitos armados e questões relacionadas, a revolução da tecnologia da informação e o avanço da globalização e, portanto, da interdependência econômica (KITTRIE, 2015, p. 1, tradução nossa).<sup>5</sup>

Mosquera & Bachmann (2016), ao abordarem a complexidade do conceito de *lawfare* no âmbito do sistema internacional, alegam existir uma dimensão positiva do conceito quando este é usado para reiterar os princípios do direito, seria positivo ou “zeusiano”, porém quando usado para distorcer o sistema jurídico mostraria seu ângulo negativo ou “hadesiano”:

A lei é, de modo geral, um método de guerra, como outros, usando meios não cinéticos e pretendendo influenciar o adversário em benefício de objetivos estratégicos. Tradicionalmente, o *lawfare* tem uma conotação negativa, a saber, como o uso da lei pelo oponente e não como meio das próprias capacidades de combate de guerra, quando usadas afirmativamente para alcançar objetivos políticos e militares próprios, como mostraremos nesta breve submissão. Um paralelismo pode ser usado com a eterna luta entre o bem e o mal representada por Zeus e Hades. *Lawfare*, como o uso da lei como arma, destaca isso: se

<sup>5</sup> No original: “Law is becoming an increasingly powerful and prevalent weapon of war. The reasons for this development include the increased number and reach of international laws and tribunals, the rise of non-governmental organizations (NGOs) focused on law of armed conflict and related issues, the information technology revolution, and the advance of globalization and thus economic interdependence.”

usado para distorcer os princípios e fundamentos principais do estado de direito, seria qualificado como hadesiano, se usado para reafirmar e fortalecer os princípios do direito, seria zeusiano (MOSQUERA & BACHMANN, 2016, p. 72-73, *tradução nossa*).<sup>6</sup>

Porém, a dicotomia criada para analisar os polos de aplicação do conceito é uma mera definição de práticas que na realidade material possuem contornos muito mais complexos do que valorações positivas e negativas. Segundo Mosquera e Bachmann:

No entanto, continua a haver o risco de que, ao usar o Lawfare afirmativamente, o adversário possa acabar fazendo um efeito “bumerangue” de maneira maliciosa. Esses exemplos mostram que o abuso ou o bom uso do Lawfare estão frequentemente intimamente ligados, pois o Lawfare abrange qualquer uso da lei para um fim militar específico (MOSQUERA & BACHMANN, 2016, p. 74, *tradução nossa*).<sup>7</sup>

O *lawfare* explora os espaços vazios das leis, e a violência inerente deste para fins políticos. O teórico alemão Walter Benjamin (2011), no ensaio “Crítica da Violência”, versa sobre a as aporias, os espaços vácuos da lei, constatando que as leis sempre têm lacunas e elas são preenchidas por intenções políticas, visando controlar o espaço em que as pessoas são julgadas. Benjamin nota:

A violência na instauração do direito tem uma função dupla, no sentido de que a instauração do direito almeja como seu fim, usando a violência como meio, aquilo que é instaurado como direito, mas no momento da instauração não abdica da violência; mais do que isso, a instauração constituía a violência em violência instauradora do direito –num sentido rigoroso, isto é, de maneira imediata –porque estabelece não um fim livre e independente da violência [Gewalt], mas um fim necessário e intimamente vinculada a ela, e instaura enquanto direito sob o nome de poder [Macht]. A instauração do direito é instauração de poder e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência (BENJAMIN, 2011, p.148).

O *lawfare* anuncia uma nova forma de guerra, uma intensificação de práticas autoritárias que reformulam os campos em que os conflitos ocorrem e o comportamento dos atores, como apresenta O. Kittrie:

O ator usa a lei para criar efeitos iguais ou semelhantes aos tradicionalmente buscados em ações militares cinéticas convencionais - incluindo o impacto nas tomadas de decisões das forças armadas e nas capacidades do alvo; e uma das

<sup>6</sup> No original: “Lawfare is, generally speaking, a method of war, like others, using non-kinetic means and intending to influence the adversary for the benefit of strategic objectives. Lawfare has traditionally been seen to have a negative connotation, namely as the use of law by the opponent and not as means of own war fighting capacities, when used affirmatively to achieve own military and political objectives as we will show in this short.” submission. A parallelism may be used with the eternal fight between good and evil represented by that of Zeus and Hades. Lawfare, as the use of law as a weapon, highlights this: if used to distort the rule of law’s leading principles and underpinnings, it would qualify as Hadesian, if used to reaffirm and strengthen the principles of law, it would be Zeusian.”

<sup>7</sup> No original: “However, there remains a risk that when using Lawfare affirmatively, the adversary may end up ‘boomeranging’ it in a malicious manner. These examples show that the abuse or good use of Lawfare are often closely linked, as Lawfare covers any use of law for a specific military purpose.”

motivações do ator é enfraquecer ou destruir um adversário contra o qual o Lawfare está sendo implantado (KITTRIE, 2015, p.8, *tradução nossa*).<sup>8</sup>

A flexibilização do direito com a finalidade de persecução sobre determinado objetivo político ganha novos contornos com a instrumentalização escusa das normas dentro de uma lógica de estratégia militar que se apodera dos dispositivos jurídicos, como Mosquera e Bachmann concluem:

No entanto, as ferramentas da guerra híbrida, como o *Lawfare*, não se concentram apenas no jus in bello, mas também em áreas relacionadas à interpretação e implementação de obrigações internacionais, que se enquadram no domínio do jus ad bellum. Em conclusão, a guerra híbrida "moderna" não apenas apresenta desafios à paz e segurança internacional, mas também prejudica as estruturas legais nacionais e internacionais atuais, questionando a validade das regras de direito internacional público existentes aplicáveis nas relações internacionais em tempos de paz e em tempos de guerra. (MOSQUERA & BACHMANN, 2016, p. 74, *tradução nossa*).<sup>9</sup>

Em suma, o sistema internacional era o campo em que o *lawfare* era retoricamente aplicado, em que os atores lançavam mão de interpretações deturpadas de princípios e tratados para acusar e sabotar seus adversários, era originariamente uma contenda entre Estados soberanos. Contudo, verificou-se que o fenômeno não era restrito aos conflitos regidos pelo Direito Internacional, e que o mesmo também se infiltrou no plano interno dos países e ganhou contornos próprios, podendo agora ser praticado pelo Estado contra o seu próprio corpo formador, os cidadãos.

### Experiências Paradigmáticas de *Lawfare*

O Caso Dreyfus, imortalizado por Émile Zola na sua obra *J'accuse!*, de 1898, expõe a clara perseguição judicial promovida pelo Conselho de Guerra francês contra um oficial do exército, Alfred Dreyfus, acusado de espionagem. Este é um dos casos mais emblemáticos na história mundial de desvirtuamento do sistema jurídico. As provas, relatórios grafotécnicos fraudulentos de cartas, foram forjadas e o processo fora corrompido pelo antissemitismo latente da época e impulsionado por uma campanha da imprensa pela condenação do Dreyfus. Walfrido Warde aponta:

<sup>8</sup> No original: "The actor uses law to create the same or similar effects as those traditionally sought from conventional kinetic military actions – including impacting the key armed forces decision-making and capabilities of the target; and one of the actor's motivations is to weaken or destroy an adversary against which the Lawfare is being deployed."

<sup>9</sup> No original: "However, Hybrid Warfare tools, such as Lawfare, are not only focused on jus in bello, but also on areas relating to the interpretation and implementation of international obligations, as we will see below, which fall in the realm of jus ad bellum. In conclusion, 'modern' Hybrid Warfare not only presents challenges to international peace and security, but also undermines current national and international legal frameworks by questioning the validity of existing public international law rules applicable in international relations in peace time and times of war."

O grande escritor naturalista francês Émile Zola, em sua carta aberta, acusou e atacou nominalmente oficiais, generais e peritos, por uma campanha de demolição moral, que desnaturava um processo judicial ao ponto de se transmutar em fraude judicial consequencialista, ou seja, em não mais do uma técnica de justificação da condenação de Dreyfus: a condenação convencionada de um inocente, para a qual o processo era apenas um instrumento capaz de travestir decisões políticas em decisões técnico-jurídicas (WARDE, 2018, p. 82).

Casos emblemáticos contemporâneos que podem ser considerados lutas políticas e, portanto, *lawfare*, preenchem os jornais pelo mundo inteiro. O caso de Julian Assange e a sua prisão pela polícia britânica, após 7 anos vivendo asilado na Embaixada do Equador em Londres, por conta da revogação do asilo por parte do presidente Lenin Moreno, representa uma clara disputa política travada através de mecanismos judiciais. O ativista, que publicou documentos secretos de defesa americanos sobre as guerras no Iraque e no Afeganistão e telegramas diplomáticos do Departamento de Estado na sua plataforma *WikiLeaks*, se refugiou na embaixada em 2012 após receber uma ordem de prisão expedida pela Suécia, acusando-o de crimes sexuais, que foram posteriormente arquivados. O presidente na época, Rafael Correa, concedeu-lhe asilo e nacionalidade equatoriana, sendo a primeira revogada pelo seu sucessor em 2019. Assange aguarda preso enquanto se discute sua extradição para ser julgado nos Estados Unidos, acusado de conspiração e de hackear informações sigilosas do governo (MIGUEL, 2019).

Por trás dessa decisão, ocorre uma clara disputa política. Moreno acusa Correa e Assange de agirem juntos para desestabilizar o seu governo, ao mesmo tempo que a revogação do asilo de Assange alinha o governo do país com as inclinações de Washington (WINTOUR, 2019). Independentemente desses agentes serem culpados ou inocentes, da legitimidade dos acusadores ou da veracidade dos fatos imputados, a simples forma de como esses processos são conduzidos, e o debate em torno da controvérsia dos respectivos procedimentos, reafirmam que o Sistema Judiciário se consolidou como um significativo território de disputa política, onde o direito e as legislações podem ser transformados em armas contra os inimigos políticos do momento.

## O Absurdo como Regra em Kafka

Günther Anders, a partir de sua análise sobre a obra de Franz Kafka dissecou os aspectos essenciais que constituem a visão do autor sobre as relações de poder e o confronto do indivíduo com as instituições que tutelam a vida. A forma como as situações mais inusitadas e abusivas são tratadas com





grau de normalidade pela narrativa, justificam o termo “kafkiano” para se referir a cenários, como o *lawfare*, onde a naturalização do absurdo virou uma prática, assim demonstra Anders:

O espantoso, em Kafka, é que o espantoso não espanta ninguém [...] o inquietante não são os objetos nem as ocorrências como tais, mas o fato de que seus personagens reagem a eles descontraidamente, como se estivessem diante de objetos e acontecimentos normais. Não é a circunstância de Gregor Samsa acordar de manhã transformado em inseto, mas o fato de não ver nada de surpreendente nisso – a trivialidade do grotesco – que torna a leitura tão aterrorizante (ANDERS, 2007, p. 20)

O filósofo Vladimir Safatle (2015), utiliza o livro *O Processo* (1997) de Kafka, que narra a história de Joseph K. um homem que se vê preso dentro de um julgamento sem entender sua causa, seu objeto e a própria imputação que firma o liame processual até ele, como premissa para tratar das anomalias do sistema jurídico e para explicar que o tribunal, campo em que se dá a decisão, é muito maior do que o espaço no qual a lei se enuncia. Safatle cita uma passagem da obra em que K. abre um código de leis e se depara com figuras pornográficas, desconexas, que leva o personagem a aprofundar sua percepção de desamparo pelo sistema legal:

O que K. encontrou foi um circuito impessoal de afetos e fantasias que, embora não lhe dizendo claramente respeito, implicará todo seu ser, pois modificará a velocidade das afecções daqueles que o julgarão e o interpelarão, interferirá na escuta das falas que K. pronunciará no interior do tribunal, definirá o ritmo e a forma como ele será integrado à norma. Essas imagens representam o que interfere em nossa história vindo de um exterior radical, de um movimento de desejos que não é meu, mas no qual estou implicado (SAFATLE, 2015, p. 8).

A exposição trazida por Safatle possui uma relação com os fatores que tornam o *lawfare* praticável, não é possível a concretização das suas práticas sem a superação das molduras jurídicas. O autor continua:

Mas poderíamos perguntar o que Joseph K. realmente viu. Teria ele descoberto algo como a ausência de fundamento da lei, sua arbitrariedade fundamental que anunciaria, na entrada do século XX, o advento de uma era histórica que deveria agora lidar com a consciência da crise de legitimidade do poder? Era histórica de castelos que nunca são alcançados, mas que estão presentes em todos os níveis através de castelões e subcastelões que falam em nome de um poder distante porque vazio? (...) Talvez houvesse a circulação daquilo a que nossos olhos não podem ser indiferentes porque nos afeta, seja através das formas de atração, seja através da repulsa. No lugar da lei, das normas e das regras havia, na verdade, um circuito de afetos. (SAFATLE, 2015, p.8)

A impressão é a de se estar diante de uma metamorfose do Estado e de suas garantias para um regime de afetos políticos, onde se determina quem são os amigos e quem são os inimigos, sobre quem são aplicados os direitos



fundamentais e sobre quem recebe a exceção como resposta, tendo as leis reinterpretadas para se obter um resultado específico. Safatle conclui:

Dessa forma, Kafka nos lembra como compreender o poder é uma questão de compreender seus modos de construção de corpos políticos, seus circuitos de afetos com regimes extensivos de implicação, assim como compreender o modelo de individualização que tais corpos produzem, a forma como ele nos implica. (SAFATLE, 2015, p.9)

O *lawfare* ocorre dentro de ritos jurídicos vistos como normais pelas instituições, não há exceção declarada. As manobras aberrantes se dão dentro de tradicionais procedimentos processuais, o que disfarça a perseguição política latente através da suposta neutralidade do judiciário. O que se tem é a institucionalização de práticas kafkianas, a normalização de práticas de um estado de exceção.

### Considerações Finais

Esta pesquisa teve como núcleo a exceção disfarçada que se torna prática comum, que se molda ao cotidiano democrático sem rupturas declaradas na superfície, tornando-se regra. Como resultado, instaura-se uma insegurança jurídica generalizada, onde os limites que balizam o poder de punir do Estado não estão claros. As formas processuais, que funcionavam como uma garantia contra arbitrariedades, são ignoradas e se confere uma rapidez atípica ao julgamento de uma acusação, conforme os interesses políticos do momento, como durante campanhas eleitorais. A produção de provas ultrapassa os limites jurídicos e éticos, validando documentos sem materialidade e invertendo o ônus da prova. Em suma, os limites de interferência na vida dos cidadãos podem ser superados conforme o indivíduo a quem se destina a perseguição.

Em uma definição mais clássica, o direito internacional era o principal campo e ferramenta para se travar essas disputas, através de interpretações de tratados e princípios. Com a introdução perversa dessas práticas nas legislações internas, o *lawfare* se difundiu no ordenamento pátrio e virou uma prática doméstica, passando a ser travado em salas de tribunais nacionais. A vantagem dessas práticas para um ator autoritário é justamente a possibilidade de se manter as aparências de normalidade institucional, esconder os rompimentos democráticos, através da simulação de ritos, sem a necessidade de um golpe “duro” e declarado. O véu do *lawfare* encobre as práticas de exceção do Estado, criando uma imagem de normalidade republicana para a comunidade internacional, e de unidade democrática para os órgãos internos.

O assédio judicial dirigido para fins ideológicos e políticos é uma estratégia cada vez mais frequente, e não se sustenta somente pela inclinação do Poder Judiciário para esses fins, é necessária uma soma de fatores para a produção dos resultados engendrados. A opinião pública precisa ser manipulada para dar legitimação às manobras jurídicas e desgastar os inimigos dos detentores do poder político. A mídia realiza este papel como intermediária, realizando a destruição das reputações, do prestígio social dos acusados, através de insinuações, vazando informações de processos que correm em segredo de justiça, ou realizando correlações em manchetes que nada têm a ver com o que está sendo imputado ao réu. Desta forma, o acúmulo de informações sem materialidade, direciona a opinião pública a juízos de valores que invertem a presunção da inocência, instaurando, por conseguinte, uma presunção de culpa ao acusado, eliminando a possibilidade de um julgamento isento e potencializando a hostilidade do campo em que este se dará.

Dessa forma, a contradição de se conviver com o absurdo de notar as instituições seguindo seus calendários enquanto são vilipendiadas, delineia o que vai se instaurando como um Estado kafkiano, onde as rupturas são banalizadas, superadas e reproduzidas. A sensibilidade democrática se perde em meio a uma racionalidade neoliberal que possibilita, através da gestão dos improdutivos e indesejáveis ao seu projeto de expansão, que a realidade paradoxal de um Estado Democrático de Direito sem direitos e, por consequência, sem democracia, se sustente e continue recebendo legitimação.

### Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDERS, Günther. *Kafka: pró e contra: Os autos do processo*. São Paulo: Cosac Naify, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica da violência*. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: 34; Duas cidades, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASARA, Rubens R R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R R. Breve roteiro para identificar perseguições políticas através do Sistema de Justiça. *Revista Cult*, 2019. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/lawfare-sistema-de-justica/>>. Acesso em: 06 de dez. de 2019.

COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Ethnicity, Inc.*, Chicago: The University Press, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975

FIORI, J. L. DA C. *História, estratégia e desenvolvimento: para uma geopolítica do capitalismo*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

HOFFMAN, F. G. *Conflict in the 21st Century: the rise of hybrid warfare*, Potomac Institute for Policy Studies, Arlington, 2007.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel. *Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

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

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

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Método, 2019.

MEI, Eduardo. SAINT-PIERRE; Héctor Luis. *Paz e Guerra: Defesa e segurança entre as nações*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

MIGUEL, Rafa de. Julian Assange, cofundador do Wikileaks, é preso em Londres após Equador retirar asilo diplomático. *El País Brasil*, 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/11/internacional/1554975440\\_843068.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/11/internacional/1554975440_843068.html)>. Disponível em 07 de dez. de 2019.

MUNOZ MOSQUERA, Andres; BACHMANN, Sascha. Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*. n. 7, Leiden, 2015, out.p. 63-87.

ONEILDO FERREIRA, Antonio. Três faces do autoritarismo: estado policial, direito penal do inimigo e lawfare. *Migalhas*, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276236,31047-Tres+faces+do+autoritarismo+estado+policial+direito+penal+do+inimigo>>. Acesso em: 07 de dez. de 2019.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2ª Edição. São Paulo: Autêntica, 2015.

SÁNCHEZ, J.-M. S. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petropolis: Vozes, 1992.

STRECK, Lênio. Lawfare. In: CARAMURU TELES, Barbara (org). *Enciclopédia do Golpe*, v.1. Bauru: Canal 6, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, n. 1, p. 92-118, abr. 2006.

TIEFENBRÜN, Susan. Semiotic Definition of 'Lawfare'. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 43, San Diego, 2011. 17 jun.

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

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

WINTOUR, Patrick. Assange tried to use embassy as 'centre for spying', says Ecuador's Moreno. *The Guardian*, 2019. Disponível em:  
<<https://www.theguardian.com/media/2019/apr/14/assange-tried-to-use-embassy-as-centre-for-spying-says-ecuadors-moreno>>. Acesso em: 07 de dez. de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

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