

Lex Mercatória e a Estratégia do Lawfare na América Latina

Carol Proner¹

SUMÁRIO: **Introdução;** I. A Corrupção Sistêmica Transnacional na ordem do dia; II. A guerra jurídica vai além da perseguição a líderes e partidos; III. Trata-se de uma estratégia assumidamente militar e de economia de guerra; IV. *Lawfare* na América Latina e os contornos da judicialização seletiva da política²; V. O *lawfare* no caso brasileiro só pode ser compreendido a partir da armadilha estadunidense da extraterritorialidade; VI. *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, o começo; VII. *Patriot Act* ou Lei Patriótica e a corrupção terrorista; VIII. *Dodd-Frank Act*. Arrancar a declaração de culpa para fazer incidir a responsabilização extraterritorial; IX. *FATCA*, *JASTA* e *SWIFT*, o sistema bancário a serviço da prevenção ao terrorismo. X. Agências e agentes para tornar possível a extraterritorialidade coercitiva unilateral; XI. A atuação dos procuradores e o bote final dos mega escritórios de advocacia; XII. Efeitos da extraterritorialidade coercitiva e como defender a soberania jurisdicional; **Considerações finais:** Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica

Palavras-chave: Lex Mercatória; Lawfare; Guerras Jurídicas; Corrupção Transnacional; Guerras Híbridas

Introdução

Nunca antes na história da humanidade os interesses das corporações transnacionais estiveram tão assegurados e protegidos. Esse é verdadeiramente o sentido de existência da *lex mercatória*, o de garantir, em cada nova etapa histórica, mais autonomia às transações comerciais livres de compromissos e condicionantes.

Ao longo do século XX, em especial após os acordos do pós guerra, as normas criadas para regular o comércio internacional buscavam ao menos, a depender da correlação de forças entre atores e entidades no plano internacional, salvaguardar direitos e expectativas em relação a um suposto “direito ao desenvolvimento” e aos pactos internacionais de proteção aos direitos humanos. Havia uma lógica de complementaridade entre as aspirações da *lex mercatória* e os direitos humanos

¹ Carol Proner é advogada, doutora em direito, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia –ABJD), integrante do Comitê Nacional Lula Livre, que atuou na estratégia jurídico-política para denuncia do lawfare no Brasil. Também é co-líder, junto com Adoración Guamán, do grupo de CLACSO Lex Mercatória, Direitos Humanos e Democracia - <https://www.clacso.org/pt/lexmercatoria/>

² Este apartado aproveita algumas reflexões já publicadas em artigo em coautoria com o embaixador Celso Amorim, ex-Ministro da Defesa e ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil. O link original da publicação é <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf> Amorim C.; Proner, C. Lawfare et géopolitique : focus sur l'Amérique latine, 2020.

rumo a uma sociedade menos desigual, mas com o tempo tem sido notável o abandono de qualquer critério ético. Especialmente no final do século XX e no entrecruzamento dos séculos, os contratos internacionais se distanciaram de quaisquer obrigações sociais, trabalhistas e ambientais, ficando à mercê da boa vontade corporativa e da “ética empresarial”.

A lógica estritamente privada e baseada na autonomia da vontade dos entes empresariais, amalgamada em um sistema financeiro e bancário blindado de relevantes interferências reguladoras, se impõe sem a necessidade de pactuar com a democracia. Prospera um capitalismo sem limites, sem condicionantes e que prescinde os acordos democráticos.

A filósofa do direito Maria José Fariñas Dulce denuncia o domínio do mercado por grandes corporações, que sustentam um poder muitas vezes superior ao dos Estados. A lógica do sistema, observa, tem sido a prevalência da acumulação, do individualismo, do estímulo ao egoísmo (autonomia da vontade) e da ilusão do individualismo com a consequente eliminação da solidariedade e de preocupações com o bem comum.

Nesse sentido, Fariñas Dulce conclui que o novo Estado que surge depois do *welfare state* se apresenta contrário aos mecanismos e instrumentos públicos de solidariedade social, castigando, reprimindo e eliminando impiedosamente as pessoas ditas incompetentes, aquelas que não logram atingir o padrão de vida esperado, enquanto quem detém o capital segue acumulando mais e mais, na ótica do maior lucro com menor custo, pela qual sucumbe toda ética pública e humanidade.³

A vontade corporativa tem sido capaz de produzir farta legislação para proteger a sociedade global de qualquer interferência e não poupa nem mesmo critérios e parâmetros de direitos humanos universalmente assegurados para fazer valer seus interesses. Não apenas a regulação nacional é subordinada à lógica neoliberal, mas – e sempre que possível – também as instituições do Estado e os agentes públicos que, oportunamente, se deixam seduzir pela ideologia da *lex mercatória* mesmo quando são evidentes os sacrifícios para os direitos econômicos e sociais.

Alguns exemplos são notórios para ilustrar a profunda assimetria entre o poder da *lex mercatoria* e a fragilidade do sistema internacional de direitos humanos, como o caso da Chevron-Texaco, que processou o Equador em vários tribunais de arbitragem internacionais desde que a Corte Nacional do Equador confirmou uma

³ Maria José Fariñas Dulce. Neofascismo Capitalista e a Derrota da Democracia, <http://estadodedireito.com.br/o-neofascismo-capitalista-e-a-derrota-da-democracia/>

sentença exigindo que a petrolífera norte-americana pague indenização aos afetados por sua poluição na Amazônia. Outro caso é a arquitetura da Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) entre a União Europeia e os Estados Unidos, com a qual grandes corporações buscam garantir seus ganhos em um mercado futuro em crise contínua e contra possíveis mudanças de governo.

No entanto, há outro recurso ainda pouco estudado que vem facilitando enormemente a expansão de mercados e contratos para geografias aparentemente inacessíveis. O recurso do direito transnacional para combater as organizações criminosas, conceito que favorece a cooperação técnica internacional e os esforços comuns como fim de preservar a sociedade internacional de males igualmente comuns. No âmbito da Organização das Nações Unidas, especialmente na Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, estabelecem-se paulatinamente parâmetros para prevenir e combater o tráfico de armas, de drogas, o terrorismo e outros crimes, como o crime econômico-financeiro (White Collor crime) e a corrupção transnacional.

I. A Corrupção Sistêmica Transnacional na ordem do dia

De acordo com o Banco Mundial, o combate à corrupção tornou-se prioridade política para a comunidade internacional em desenvolvimento ao longo das últimas duas décadas, demandando extensos esforços e reformas. Tais reformas apoiam-se na ideia de que a corrupção é uma disfunção da administração pública que surge na presença do monopólio e do sigilo, o que, por sua vez, pode ser controlado promovendo-se prestação de contas e transparência.

Não é novidade afirmar que a corrupção, por atribuição genérica e desconectada de causas reais, é um argumento recorrente como parte das ofensivas políticas conservadoras contra projetos políticos desenvolvimentistas e estatelistas. Para o Banco Mundial, a corrupção é causa do debilitamento de políticas e programas que visam reduzir a pobreza, de modo que o combate à corrupção é fundamental para o cumprimento da missão global do Banco de reduzir a pobreza.

Tanto quanto já foram os planos de ajuste estrutural diagnosticados pelo Banco a desestabilizar e subalternizar as econômicas do mundo, também a estratégia de combate à corrupção serve aos interesses estratégicos da *lex mercatória*, em especial por meio de guerra jurídica. Aliás, o combate à “corrupção sistêmica transnacional” passa a ser um elemento central, uma espécie de discurso unificador para incidir na opinião pública ao mesmo tempo que propicia o acionamento de mecanismos de cooperação transnacional, envolvendo ingerência externa.

Não é de estranhar, portanto, que a corrupção venha sendo tratada, por especialistas de *think tanks*, certas ONGs e meios de comunicação, como um câncer do século XXI, a corroer os alicerces da democracia. Dadas as características próprias de crimes de grande complexidade e com capacidade de transcender as fronteiras do Estado, estes mesmos grupos justificam a flexibilização das garantias processuais para que a sociedade possa ter respostas imediatas, capazes de contrastar o desencanto com a política.

Essa fórmula punitivista, em maior ou menor grau, tem sido adotada nos processos de perseguição jurídica contra líderes e movimentos em países da região, servindo perfeitamente aos planos de interferências que têm assumido contornos cada vez mais explícitos e o Brasil é um caso modelo.

No âmbito a estratégia militar dos Estados Unidos, a corrupção vem sendo considerada uma das principais ameaças à segurança nacional. Já em 2010 o Pentágono assumiu a desestabilização política e o apoio de forças internas como estratégias a serem exploradas. No Manual de Treinamento das Forças Especiais Americanas Preparadas para Guerras Não-Convencionais, aparece a seguinte afirmação: “o objetivo dos EUA nesse tipo de guerra (guerra híbrida) é explorar as vulnerabilidades políticas, militares, econômicas e psicológicas de potências hostis, desenvolvendo e apoiando forças internas de resistência para atingir objetivos estratégicos dos Estados Unidos”. O documento ressalta que “em um futuro não muito distante, as forças dos EUA se engajarão predominantemente em operações de guerra irregulares.”⁴

Em dezembro de 2017, já no governo Donald Trump, o documento que definiu a nova Estratégia de Segurança Nacional dos EUA assumiu claramente o combate à corrupção como forma de desestabilizar governos dos países que sejam “competidores” ou “inimigos” dos Estados Unidos.⁵

⁴ U.S. Department of the Army. U.S.Army Special Forces Unconventional Warfare Training Manual. Headquarters, Washington D.C., 2010. Luiz Alberto Moniz Bandeira, na obra *A Desordem Mundial*, publicada em 2016, citando o referido Manual de Treinamento, fez o alerta da utilização dos conflitos não-tradicionais pelos Estados Unidos, descrevendo as novas formas de ingerência passando por diversos meios, incluindo o uso espalhado da guerra contra o terror e outros de combate a crimes transnacionais. MONIZ BANDEIRA, L.A. “*A Desordem Mundial*”, São Paulo, Civilização Brasileira, 2016.

⁵ “Conspiração e corrupção: uma hipótese muito provável”, por José Luís Fiori e William Nozaki. Publicação Sul21, em 27 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2019/07/conspiracao-e-corrupcao-uma-hipotese-muito-provavel-por-jose-luis-fiori-e-william-nozaki/>. O documento de referência pode ser encontrado em : U.S. Department of Defense. National Defense Strategy, Washington D.C., 2018. Conforme destacam Luíz Fiori e William Nozaki, a estratégia foi exposta documento sobre a Estratégia de Defesa Nacional dos EUA, publicado em 2018. O documento aponta que uma nova modalidade de conflito não armado tem tido presença cada vez mais intensa no cenário internacional, com o uso de práticas econômicas predatórias, rebeliões sociais, cyber-ataques, *fake news* e métodos anticorrupção.

Tudo leva a crer que, ao tempo em que as estratégias vinham sendo detalhadas, já vinham sendo testadas. No caso do Brasil, a Operação Lava Jato, a maior operação contra a corrupção do país, iniciou publicamente em 2015. Trata-se de exemplo da nefasta desestabilização que pode ser provocada com o protagonismo do sistema de justiça. A flexibilização de regras do processo penal e a ampliação de competências de magistrados e procuradores do Ministério Público conformaram o cenário favorável para a crise que comprometeu até mesmo a regularidade do processo eleitoral de 2018.

O modelo aplicado no pela chamada megaoperação Lava Jato de combate à corrupção possui vários dos elementos descritos pelos estrategistas militares dos Estados Unidos como de uma guerra não-convencional. Até certo ponto, pode ser considerada uma “guerra” bem-sucedida, haja vista o desgaste provocado nas forças políticas e a fragilização da capacidade econômica e empresarial do país. O alcance da megaoperação só não foi mais amplo porque as ilegalidades e anomalias na condução dos processos vieram a público por meio de revelações jornalísticas, cujo conjunto ficou conhecido como “Vaza Jato”.⁶

Métodos similares foram utilizados em outros países da região. Setores do sistema de justiça, unidos aos interesses das elites locais – permeados por inteligência e ingerência estrangeira – têm atuado para bloquear a participação política e a candidatura de líderes e movimentos de tendências mais à esquerda. Equador e Bolívia são os exemplos mais eloquentes.

A existência de elementos similares nas estratégias de guerra jurídica em diferentes países não significa que seja simples compreender as características próprias em cada experiência. Não raro, existem elementos específicos de cada situação que desautorizam conclusões definitivas de caráter genérico. Ainda assim, pode-se dizer com segurança que a América Latina passa por uma ofensiva jurídica desestabilizadora e que esta ofensiva tem um forte componente internacional.

II. A guerra jurídica vai além da perseguição a líderes e partidos

Palavra nova no vocabulário jurídico e político brasileiro, *lawfare* passou a ser considerado como sinônimo de injustiça processual contra o ex-Presidente Lula ou, em termos mais gerais, de perseguição política pelo direito, mas a expressão vai muito além.

⁶ Uma série de publicações de documentos e diálogos entre os integrantes da Força Tarefa Lava Jato, deslindando um escandaloso esquema de fraude jurídica, com graves consequências para a democracia brasileira. Site contendo todas as reportagens publicadas pelo **Intercept Brasil** e pelos veículos parceiros da #VazaJato. <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>

No livro “Lawfare, uma introdução” (ed. Contracorrente, 2019), de autoria de Cristiano Zanin Martins e Valeska Teixeira Zanin Martins, ambos, que representam a defesa técnica de Lula, sustentam a releitura do fenômeno conhecido como *lawfare*, entendendo-o como o uso estratégico do Direito para fins políticos, geopolíticos, militares e comerciais. Foram estes mesmos advogados que desvendaram, pela primeira vez, a incidência da estratégia do *lawfare* no contexto jurídico e político brasileiro. Eles intuíram algo estranho nos ritos processuais contra o seu cliente e contra eles próprios, como advogados, episódios completamente anômalos ao devido processo legal, distantes de qualquer parâmetro válido no processo penal e que revelaram uma verdadeira guerra jurídica para eliminar um forte concorrente do mapa político do país.

Com o tempo, e com as revelações de mensagens secretas entre integrantes da megaoperação Lava Jato e o célebre juiz Sérgio Moro, restou visível a existência de um conluio entre membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Federal e de setores da mídia corporativa com o fim de perseguir e condenar seletivamente alvos políticos ao tempo em que atingiram as empresas mais importantes da economia do país.

Não é possível afirmar todos os integrantes das diferentes instituições que participaram da trama eram consciente do poder destrutivo que a operação teria para a soberania econômica e política do país. Isso a história dirá com o tempo. O que se sabe até o momento é que o conluio incluiu compromissos clandestinos com agentes e entidades de outros países, em especial dos Estados Unidos, e foi responsável pela desestruturação do modelo produtivo que vinha sendo adotado pelo país nas últimas décadas, em especial quanto à cadeia de construção pesada e de energia do país.

Enganam-se, portanto, os que entendem que o alvo do *lawfare* se limita à perseguição seletiva a líderes e partidos. A guerra jurídica tem se mostrado estrategicamente ampla, flexível a cada contexto em que é empreendida e capaz de atingir objetivos de interesse geoestratégicos na América Latina e no mundo.

No Brasil, os impactos do desmonte e do desinvestimento provocados pela megaoperação Lava Jato começam a ser dimensionados por institutos como o Dieese⁷, e os números são espantosos: em poucos anos, os efeitos atingiram mais de 3 milhões de empregos na área da construção civil e no setor de energia, a retração representou 2,6% do PIB e a redução da massa salarial foi de aproximadamente 50 bilhões de reais, entre outras perdas ou renúncias que vêm sendo divulgadas pela Fundação Perseu Abramo e por outros centros de pesquisa com vocação de defesa nacional.

⁷ DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, www.dieese.org.br

Em capítulo específico do presente livro, o estudo apresenta as implicações econômicas intersetoriais da Lava Jato, em especial as implicações da redução drástica do programa de investimentos da Petrobras previsto para o quinquênio de 2014-2018 nos diversos setores e na economia.

No cenário considerado pelo estudo do Dieese, com a retirada da economia de investimentos que somaram R\$ 101,8 bilhões no período, o país deixou de realizar um incremento do PIB de 2,6%, de gerar de mais de 3 milhões de empregos, de garantir uma aumento da massa salarial de R\$ 53 bilhões e de arrecadação da previdenciária e do FGTS de mais de R\$ 12 bilhões, além de outros R\$ 28,8 bilhões de arrecadação de impostos.

A presença da Petrobras na economia priorizou o atendimento do mercado financeiro e das demandas por privatização de segmentos operados pela Petrobras, reduzindo investimentos produtivos. Esse movimento também resultou em efeitos negativos em outros setores, como o da Construção Civil. A economia perdeu essa importante alavanca de gasto e investimento, e isso num período de forte recessão e posterior estagnação.

Em suma, em nome do combate à corrupção, desejável em qualquer democracia, o estudo reconhece que a operação Lava Jato foi utilizada como “janela de oportunidade” para promover a mudança no perfil de investimentos e de atuação da Petrobras.

III. Trata-se de uma estratégia assumidamente militar e de economia de guerra

As regras jurídicas são comumente usadas como meio de dominação e não há novidade nisso. Poderíamos discorrer aqui, sem muito esforço, no uso da *lex mercatória* como forma de expansão do poder econômico mundial ou mesmo na racionalidade dominante nas normas e princípios de direito internacional, e isso em praticamente todas as áreas, de normas da OIT às regras da OMC, passando pelas disputas mais recentes em torno da pandemia e das vacinas na OMS.

Tudo isso é fato, mas o *lawfare* tal qual vem sendo estudado contemporaneamente não pode ser alocado na mesma categoria de disputa instrumental ou de hegemonia pelo direito. Da forma como vem sendo justificado pelos estrategistas militares, trata-se, antes de tudo, da assunção do antijurídico como recurso válido. Trata-se de admitir uma racionalidade pragmática e cínica para afirmar que até mesmo a distorção do sentido das normas e princípios é artifício válido em uma guerra jurídica.

A justificativa do uso das normas jurídicas como armas em uma guerra contra um adversário supõe, portanto, romper uma regra de contenção pelo direito, uma barreira hermenêutico-filosófica de compromissos históricos plasmados em regras convencionais e constitucionais. A contenção pelo direito, reguladora do comportamento excessivo, lesivo, incivilizado, passa a ser flexibilizada ou até suspensa diante da justificativa de atender a um fim maior, as razões de Estado.

Em outras palavras, para admitir-se o uso das normas internacionais no cálculo supostamente válido do esforço de guerra, torna-se necessário descartar a validade dos acordos normativos que limitam o uso do poder e da força em âmbito internacional.⁸ Para tal, sacrifica-se o acúmulo da filosofia política e dos ajustes constitucionais do pós-guerra, além de acordos basilares na ceara da diplomacia entre países, desacreditados frente a uma racionalidade pragmática que desrespeita qualquer contenção. Sacrificam-se, em última instância, princípios estruturantes do direito internacional, como o da não interferência em assuntos internos.

Não é de se estranhar que, antes de ser uma estratégia ofensiva das grandes potências, o *lawfare* foi denunciado justamente pelas potências que agora o aplicam como sendo uma arma ardilosa dos humanitaristas falsamente humanitários. O direito humanitário e as entidades de regulação das normas, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha - CICV, passaram a ser considerados como praticantes do *lawfare* por meio do uso instrumental das normas humanitárias (normas de contenção de meios e métodos de combate) sempre em proveito de alguém, de alguma das partes de um conflito ou querela internacional.

Os críticos desse suposto *lawfare* humanitarista consideram possível o uso abusivo do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional e que, como tal, sempre favoreceriam um dos lados em um conflito internacional. E quem foram os principais críticos? Os principais difusores – ou quem vulgarizou essa forma de entendimento – foram especialmente dois países: Estados Unidos (durante o governo Bush, entendendo que a velha Europa e organizações como a CICV buscavam enfraquecer a estratégia da Guerra contra o Terror) e Israel (relatório GoldStone sobre Israel e os crimes de guerra na Faixa de Gaza – armas químicas/fósforo branco). Para esses países, os advogados humanitaristas e suas

⁸ O Professor de Direito e Filosofia da Universidade de Georgetown, David Luban, num artigo em que discute a crítica ao *lawfare* e associa esse modo de pensar ao pensamento de Carl Schmitt (filósofo conservador, especialista em direito público para o partido nazista) a respeito do “político”, trabalhado no ano de 1932 – defende um poder executivo sem limites diante de uma emergência está na base do autoritarismo que emana do *lawfare*, mas atualizado e aplicado ao uso do direito. Luban, David, "Carl Schmitt and the Critique of Lawfare" (2011). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works.621. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/621>

entidades de direitos humanos politizam intencionalmente o direito para a vantagem militar de alguém.⁹

Sendo o próprio direito internacional humanitário considerado passível de instrumentalização e politização para inibir o estado de guerra – tomado pelos estrategistas como natural e inevitável – então o que dizer de todas as demais normas jurídicas? O que dizer de toda a doutrina dos crimes transnacionais, que avança e se aperfeiçoa em combinação com acordos de cooperação igualmente transnacionais entre entidades públicas e privadas?

E o *lawfare* como técnica de guerra legal foi precisamente descrita pelo general americano Charles Dunlap, como um método de guerra não convencional pelo qual a lei é usada como meio para atingir um objetivo militar (Dunlap, 2001). O sucesso do mecanismo é evidente porque utiliza a legitimidade da lei e dos atores do sistema de justiça (a lei, a jurisprudência, a legitimidade de juízes, promotores, policiais como detentores de violência legítima) para prosseguir com a perseguição política do inimigo por meios judiciais.

A estratégia consiste, finalmente, em utilizar processos judiciais para criar impedimentos a adversários por meio da prática do SLAPP - *strategic lawsuit against public participation* – processos jurídicos estratégicos contra a participação popular¹⁰. O que é realçado nesse tipo de método não convencional é o objetivo final da guerra indireta: a desestabilização política, um golpe, a mudança de um regime político.

As vantagens desse tipo de guerra em relação aos métodos tradicionais são evidentes, tanto em custos humanos quanto financeiros. Sob certos aspectos, os resultados, sob o ponto de vista político e institucional, são quase tão devastadores quanto os de uma guerra, podendo contribuir ou conduzir à destruição do Estado Democrático de Direito e afetando, no limite, o próprio status do país como nação soberana.

No plano econômico, a “guerra híbrida” busca também reduzir o jogo de pressões e contrapressões de grupos sociais, facilitando, dessa forma, a implantação do “ultraneoliberalismo”, que dificilmente prevaleceria em circunstâncias normais.

IV. *Lawfare* na América Latina e os contornos da judicialização seletiva da política¹¹

⁹ <https://www.thelawfareproject.org>

¹⁰ Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press, 2016.

¹¹ Este apartado aproveita algumas reflexões já publicadas em artigo em coautoria com o embaixador Celso Amorim, ex-Ministro da Defesa e ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil. O link original da publicação

No contexto de erosão das conquistas democráticas na América Latina, após mais de uma década caracterizada por históricos avanços na efetividade de direitos econômicos e sociais, eis que, paulatinamente, rupturas e recuos ocorreram com ofensiva contra líderes, partidos e forças progressistas, que passaram a ser alvo de processos judiciais seletivos com ampla cobertura midiática. Esses processos têm muito a ver o uso dos aparatos jurídicos como estratégias não-convencionais para desestabilizar e atingir opositores e adversários políticos.

O *lawfare* envolve frequentemente a relação entre Estados e, dessa forma, a própria geopolítica e não deve, assim, ser compreendido como um processo jurídico limitado aos Estados nacionais.

Não por acaso, processos até certo ponto similares, com o protagonismo de setores do sistema de justiça, têm ocorrido em vários países da América Latina. Podemos recordar os eventos que abreviaram o mandato de Manuel Zelaya em 2009 em Honduras e a destituição de Fernando Lugo no Paraguai em 2012. A essa época, os contornos da judicialização seletiva da política ainda não estavam tão claros. Os processos mais ofensivos ainda estavam em elaboração e muitos deles estão ativos até os dias de hoje. Citem-se a perseguição judicial contra Cristina Fernández de Kirchner, na Argentina, contra Rafael Correa e os integrantes do movimento Revolução Cidadã, no Equador e, mais recentemente, o explícito uso da justiça eleitoral para perseguir Evo Morales e os membros do Movimento ao Socialismo (MAS), em face das iminentes eleições na Bolívia. Em todos esses casos, estão combinadas desestabilização e judicialização seletiva contra líderes e movimentos voltados à reforma social. Ao mesmo tempo, procuram-se formas de estabelecer bloqueios institucionais à participação política desses líderes.

O caso brasileiro é um dos mais amplos e completos. Em poucos anos, ocorrem, de forma encadeada, a destituição de Dilma Rousseff, a prisão de Lula e o impedimento da candidatura deste último nas eleições de 2018. Paralelamente, essas ações contribuíram à estigmatização do campo da esquerda e da luta política em geral, sem falar na desestruturação de importantes setores produtivos.

A existência de um sistema jurídico articulado capaz de potencializar os objetivos estratégicos de desestabilizar, inviabilizar ou substituir um governo hostil, constitui, como ocorreu no caso brasileiro, uma forma eficiente de dar concretude às chamadas guerras indiretas ou híbridas.

O *lawfare*, como praticado na América Latina e Caribe, para nos atermos a essa vasta região do nosso planeta, não é um processo politicamente neutro, como o

é <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf> Amorim C.; Proner, C. *Lawfare et géopolitique : focus sur l'Amérique latine*, 2020.

decantado lema do “combate à corrupção” poderia indicar. O objetivo estratégico comum à ofensiva do *lawfare* tem sido invariavelmente a desestabilização de governos que têm como projeto duas características: trabalhar pela justiça social e buscar a afirmação da soberania. Essas duas marcas, evidentes no exercício responsável do poder nos países atingidos pelo *lawfare*, têm se revelado suficientes para provocar a reação de poderosos interesses externos (econômicos e estratégicos), normalmente em alianças que incluem as classes conservadoras locais. O objetivo último, que se verificou nos casos do Brasil e de outros países, é manter a região como um espaço territorial sob controle da potência hegemônica do continente, os Estados Unidos da América.

Podemos dizer que, do ponto de vista geopolítico, o *lawfare* é uma nova forma de promover a antiga prática de intervir na política interna dos países com o fim de garantir governos mais amigáveis aos interesses econômicos e estratégicos da principal potência.

V. O *lawfare* no caso brasileiro só pode ser compreendido a partir da armadilha estadunidense da extraterritorialidade

Conforme já mencionado, *lawfare* no contexto brasileiro costuma ser sinônimo de injustiça processual contra o ex-Presidente Lula ou, em termos mais gerais, de perseguição política a líderes e partidos, mas está claro que a estratégia é mais abrangente.

Os processos contra o ex-Presidente Lula são apenas parte de uma nova forma de abordar o processo penal e a condução das investigações criminais, inauguradas com as chamada “forças tarefa para o combate à corrupção”. Aqui a corrupção é entendida como “sistêmica transnacional” e, inspirada nas “task force” dos Estados Unidos, linguagem das forças-tarefa operacionais militares da Segunda Guerra, mas que, após a guerra fria, passam a ser adaptadas ao sistema de investigação criminal naquele país.

A Operação Lava Jato, neste sentido, guarda absoluta correlação com as práticas elaboradas e respaldadas pela extraterritorialidade norte-americana, que têm feito estragos mundo afora. Desde os anos 70, uma complexa teia de legislação vem sendo aprimorada com o fim de eliminar concorrentes, absorver empresas e expandir mercados por meio do combate à corrupção. A extraterritorialidade – como parte das guerras híbridas empreendidas por meio do direito – passa a ser um trunfo, assim estudada nas academias militares.

No caso do Brasil, mais que correlação, a Lava-Jato estabeleceu efetiva colaboração e em franca violação a tratado internacional.¹² Desta forma, a legislação norte americana passou ser exercida para o deslinde dos casos, para o estabelecimento das delações, para a consecução dos acordos de leniência e as consequentes cláusulas de confidencialidade. Isso só foi possível dado o extremo zelo que agentes públicos brasileiros tiveram para garantir os interesses alheios, agravando a já impositiva extraterritorialidade por uma atuação duvidosa, já que feita por intermédio de intercâmbio informal e atencioso aos interesses de outro país.

Não foi só no Brasil que a extraterritorialidade impositiva foi percebida tardiamente. Na França, as multas bilionárias infligidas ao BNP Paribas (8,9 bilhões de dólares) e à Alstom (772 milhões de dólares), abriram os olhos dos franceses e motivaram a urgência de estabelecer um novo projeto de lei para combater a corrupção e evitar estes problemas.¹³ De acordo com o Deputado francês Pierre Lellouche “Estamos diante de um painel de legislações norte-americanas extremamente complexo, com uma intenção precisa, que é utilizar o direito para fins de *imperium* econômico e político a fim de obter vantagens econômicas e estratégicas”.

Lellouche apresentou às Comissões de Relações Exteriores e das Finanças da Assembleia Nacional de Paris um relatório da missão de informação sobre a extraterritorialidade do direito norte-americano, que pode ser acessado no site da Assembleia Nacional¹⁴ e este é subsídio para discutir um novo marco para prevenir, detectar e combater a corrupção, evitando a aplicação da extraterritorialidade, restringindo os métodos de combate à corrupção à legislação francesa invocando o princípio do *non bis in idem* e, por outro lado,

¹² Tanto as revelações do The Intercept Brasil como as trazidas pela Revista Veja (fev/2021) demonstram a relação clandestina estabelecida tanto pelo juiz Sergio Moro como pelos Procuradores integrante da Operação Lava Jato, em particular Deltan Dallagnol. <https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/> (Como a Lava Jato escondeu do governo federal visita do FBI e procuradores americanos) e <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/> (Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato)

¹³ De acordo com a reportagem de Jean-Michel Quatrepoint, publicado em 13 de abril de 2017, no Le Monde Diplomatique, em alguns anos, as companhias europeias transferiram cerca de US\$ 25 bilhões às diversas administrações norte-americanas: mais de US\$ 8 bilhões em razão do FCPA e US\$ 16 bilhões pelo não respeito às sanções econômicas. Desse total, a conta da França ultrapassa US\$ 12 bilhões. Somando-se as multas pagas a título de outros procedimentos, principalmente para os bancos, o total chega a mais de US\$ 40 bilhões. Isso evidentemente repercute na balança das transações correntes. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>. Jean-Michel Quatrepoint, jornalista, é autor, entre outros livros, de Alstom, scandale d'État [Alstom, escândalo de Estado], Fayard, Paris, 2015

¹⁴<http://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information/missions-d-information-communes/mission-d-information-commune-sur-l-extraterritorialite-de-la-legislation-americaine>

guardando os valores de multa e sanções econômicas para o Tesouro francês. Esse projeto de lei, “Sapin 2”, relativo à transparência, à luta contra a corrupção e à modernização da vida econômica” é um bom exemplo que deveria ser seguido pelo Brasil.

Eis a razão de uma preocupação adicional a respeito do papel exercido pelo juiz dos processos contra o ex-Presidente Lula que, para além da absoluta flexibilização ou mesmo suspensão das garantias processuais, para além de como tratou a licitude das provas e o contraditório, também procurou, a todo o momento, apoiar o construção do conjunto de “convicção” a partir do envolvimento do ex-mandatário e da corrupção da empresa de petróleo.

O papel de Sérgio Moro desde 2008, quando prevaleciam os escândalos do caso Banestado e as delações do doleiro Alberto Youssef, estão muito associadas à evolução do que veio a ser a operação Lava-Jato. De lá pra cá, passando pelo Projeto Pontes,¹⁵ revelado pelo Wikileaks, o sistema de ferramentas e de colaboração para o combate à corrupção, recomendado pelos agentes norte-americanos, efetivamente se aprimorou muito, entendendo até mesmo desnecessário cumprir tratados internacionais à risca.

Vejamos a seguir a evolução da extraterritorialidade pelo aprimoramento da legislação nos Estados Unidos e como esta teia de controle afeta indiscriminada e perigosamente a soberania de qualquer país que transacione com eles.

VI. Foreign Corrupt Practices Act, de 1977, o começo.

Tudo começa com o ***Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*** ou Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, uma lei federal dos Estados Unidos datada do ano de 1977, aprovada com o fim de combater o suborno de funcionários públicos norte-americanos no exterior. Essa legislação, com alterações subsequentes, passou a ser a espinha dorsal da extraterritorialidade do direito norte-americano, submetendo empresas e Estados à jurisdição daquele país e chamando a atenção do mundo a respeito dos riscos de transformar boas práticas de combate à

¹⁵ Seminário realizado em 2009, no Rio de Janeiro, dedicado a consolidar a aplicação bilateral de leis e habilidades práticas de contraterrorismo, e contou com a participação de juízes federais e promotores dos 26 estados brasileiros, além de 50 policiais federais. Também estavam presentes representantes do México, Costa Rica, Panamá, Argentina, Uruguai e Paraguai. Summary: An S/CT funded regional conference entitled "Illicit Financial Crimes" held in Rio de Janeiro during October 4-9, 2009, successfully brought together representatives from Brazil,s federal and state law enforcement community and countries from throughout Latin America. Integra do documento: https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html

corrupção em armas normativas para absorver ou eliminar concorrentes e estender mercados.

Se, no início, o FCPA se destinava a companhias nacionais norte-americanas, com o tempo recebe emendas que permitem alcançar as empresas estrangeiras. A principal alteração se deu em 1998, quando as disposições anticorrupção também passaram a ser aplicadas às empresas e às pessoas estrangeiras que causem, diretamente ou por meio de agentes, atos de corrupção dentro do território dos Estados Unidos ou por empresas cujos valores forem administrados pelas bolsas de valores operadas dentro dos Estados Unidos ou que venham a participar, direta ou indiretamente, de operações indevidas com efeitos no território americano.

Conforme escopo definido oficialmente pela FCPA, a legislação proíbe, por exemplo, “o uso internacional dos correios eletrônicos ou qualquer meio que possa instrumentalizar o comércio interestatal de modo corrupto a promover qualquer tipo de pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de valores ou qualquer coisa de valor para qualquer pessoa, sabendo-se que no todo ou em parte este dinheiro ou coisa de valor será oferecida, entregue ou prometida, direta ou indiretamente, a um funcionário estrangeiro com o fim de influencia-lo na sua capacidade oficial, ou induzi-lo a fazer ou deixar de fazer um ato em violação a uma obrigação legal, ou assegurar qualquer vantagem inadequada para ajudar a obter ou reter negócios, ou direcionar negócios a qualquer pessoa”.¹⁶

VII. *Patriot Act* ou Lei Patriótica e a corrupção terrorista.

A partir de “11 de setembro”, as alterações e ampliações à FCPA recebem um segundo enfoque ideológico-normativo que abre a possibilidade do uso combinado de legislação e instituições contra os considerados Estados “párias”, definidos estrategicamente como alvos para a imputação de sanções coercitivas unilaterais de amplo espectro e com fundamento na prevenção a ataques

16 <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> . The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA"), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

terroristas – como é o caso do Irã, da Venezuela, do Sudão¹⁷. Pois bem, logo após os atentados de 11 de Setembro de 2001, George W. Bush aprova por decreto o ***Patriot Act*** ou **Lei Patriótica** (assinado em 26 de outubro de 2001) que permite medidas extremas conferidas aos órgãos de segurança dos Estados Unidos, como interceptações telefônicas e acesso a e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo internacional, sejam elas americanas ou estrangeiras, sem a necessidade de autorização especial da justiça.¹⁸

O título 3º do *Patriot Act*, “*International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001*”, dedica-se a regular a prevenção, a detecção e a acusação de lavagem de dinheiro internacional e do financiamento ao terrorismo. A partir dessa prerrogativa excepcional, o sistema bancário passou a ser acionado por meio de procedimentos preventivos de identificação e solicitação para o fornecimento de dados. Métodos para identificação de beneficiários, como “*beneficial owner*” e “*payable-through accounts*”, passaram a ser utilizados, bem como a requisição de comunicação entre agências e instituições financeiras, o controle de dados, de registros e requerimentos de relatórios das instituições que transitam valores, podendo ser autorizado até mesmo o bloqueio de bens e valores de pessoas físicas ou jurídicas no exterior acusadas de práticas de corrupção ou lavagem de dinheiro associadas ao terrorismo.

Entre as agências que receberam poderes estendidos pela Lei Patriótica, a principal foi a *National Security Agency (NSA)*, Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos, entidade cujo histórico de atividades sempre fora discreto, mas que, após junho de 2013, com as denúncias de Edward Snowden, revelou-se como a maior agência de espionagem do mundo.¹⁹

¹⁷ Um Estado pária ou estado vilão, segundo o direito internacional, é considerado como sendo aquele que atua ou se comporta de modo alheio ou contrário às normas convencionadas entre Nações e essa condição poderia fundamentar a adoção de medidas coercitivas como o isolamento internacional, embargos e sanções diversas e, no limite, até mesmo uma ingerência militar. Mas a consideração de um “estado pária” depende de um consenso da comunidade internacional ou mesmo de potências representativas, especialmente os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, e por meio de processos institucionais próprios. É o oposto da conduta unilateral, cada vez mais frequentemente adotada pelos Estados Unidos em absoluta contrariedade ao direito internacional.

¹⁸ Após várias prorrogações durante o governo de George Bush, em 27 de Julho de 2011, o presidente Barack Obama sancionou a extensão do USA PATRIOT Act, (“Lei Patriótica” nos jornais de língua portuguesa), por mais quatro anos - até 27 de julho de 2015. Em junho de 2015, várias provisões desta lei expirariam. O congresso então aprovou o *USA Freedom Act*, para substituir o Ato Patriota. Apesar de manter algumas provisões da antiga lei, o *Freedom Act* traz diversas mudanças, como de manuseamento de dados e quem pode guardar informações obtidas pela NSA.

¹⁹ O plano de Vigilância Global e as Operações de Fonte Especial (SSO) foram realizadas em parcerias com empresas e agentes para empreender interceptação de dados contra empresas e governos, tendo como alvo também o Brasil.

VIII. *Dodd-Frank Act*. Arrancar a declaração de culpa para fazer incidir a responsabilização extraterritorial.

Ainda, na ampliação do escopo da FCPA entre normas e entidades, é importante conhecer a “*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*”, ou “*Dodd-Frank Act*”, legislação federal aprovada após a crise do subprime, em 2007-2008, e que visa melhorar as normas e os padrões para o funcionamento do mercado financeiro americano. Com 16 títulos, 1500 seções e mais de 2300 páginas, a lei regula minúcias do mercado financeiro e tem como proposta central a diminuição da dependência dos bancos da esfera federal. No que nos interessa para o tema da extraterritorialidade, a nova legislação amplia as funções e os departamentos da “*Securities and Exchange Commission (SEC)*”, órgão semelhante à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, e cria o “*Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*”, o Bureau de Proteção Financeira ao Consumidor.

Ambas as ampliações contribuíram, a partir de 2010, para a possibilidade de sanção de condutas que, nos Estados Unidos, fossem consideradas ilegais, atos de corrupção ou lavagem de dinheiro, mesmo que suas transações fossem realizadas fora do seu territórios e por agentes estrangeiros. As implicações avaliadas pela SEC, com impactos eventuais a consumidores, permitiram a construção de teses jurídicas de responsabilização de empresas de grande porte por atos cometidos e confessados por seus funcionários, legando ao acionamento, muitas vezes abusivo, da extraterritorialidade construída na teia imbricada de legislação e agências.

IX. *FATCA, JASTA e SWIFT*, o sistema bancário a serviço da prevenção ao terrorismo.

Em 2013 surge a **Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras**, ou “*Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*”, lei federal norte-americana que prevê a obrigatoriedade de instituições bancárias estrangeiras fornecerem dados de seus correntistas às autoridades americanas, desde que esses correntistas sejam também cidadãos norte-americanos.²⁰ Na prática, a FATCA deu ao fisco poderes extraterritoriais, de exigir de bancos estrangeiros a entrega de todas as informações sobre as contas e posses dos cidadãos norte-americanos, dos residentes fiscais norte-americanos e daqueles com dupla nacionalidade.

Para completar a trama de legislação federal da extraterritorialidade impositiva e sancionatória, em setembro de 2016 surge a lei **Justiça Contra Patrocinadores do Terrorismo** ou “*Justice Against Sponsors for Terrorism Act (JASTA)*”, que, conforme se autodefine, limita a imunidade soberana estrangeira, altera a Lei de Imunidades

²⁰ Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)». www.treasury.gov.

Soberanas Estrangeiras e a Lei Antiterrorismo, abrindo a possibilidade de pena de morte com relação a ações civis contra um estado estrangeiro por ferimentos, morte ou danos causados por um ato de terrorismo internacional. A JASTA autoriza os tribunais federais a exercer jurisdição sobre o apoio de qualquer estado estrangeiro a atos de terrorismo internacional contra um cidadão ou propriedade dos Estados Unidos, independentemente de esse Estado ser designado como promotor ou patrocinador Estatal do terrorismo.²¹

Por trás deste arsenal complexo e complementar, aparece uma legislação extraterritorial extremamente impositiva, que se vale de uma economia lastreada em dólar, do idioma contratual hegemônico, de um direito contratual com prevalência do *common law* em oposição ao direito escrito continental europeu e, como elemento estratégico de logística, de um sistema financeiro construído por intermédio de amarras e intercâmbios sob controle dos Estados Unidos e da prevenção ao terrorismo.

Vale mencionar o papel desempenhado pela utilização do Código Swift ou BIC (Bank Identifier Code) conectado à **Sociedade de Telecomunicações Financeiras Interbancárias Mundiais, em inglês *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* ou *SWIFT***. Criada em 1973, a sociedade abarca 239 bancos de 15 países com o objetivo de interligar participantes e padronizar transações financeiras internacionais. O papel dos Estados Unidos no manejo do código SWIFT já foi e segue sendo fortemente questionado por governos europeus dado que, em 2006, descobriu-se a existência do chamado "*Terrorist Finance Tracking Program*", criado no âmbito da política de Guerra ao Terror" com a finalidade de rastrear terroristas. Um software ligado ao programa permitia ao governo norte-americano acessar quaisquer informações sobre transferências bancárias na base de dados e de rede Swift num acordo conhecido como "acordo SWIFT", resultado de um acordo direto entre o governo norte-americano e a instituição.²² Em 11 de fevereiro de 2010 o Parlamento Europeu rejeitou o "acordo SWIFT" em virtude

²¹ A legislação, aprovada em 28 de setembro de 2016, sem oposição no Senado e por unanimidade na Câmara (anulando um veto do Presidente Obama), teve como objetivo de face permitir a continuação das demandas civis apresentadas por famílias de vítimas dos ataques de 11 de setembro contra a Arábia Saudita pelo suposto papel do governo no ocorrido, mas os efeitos práticos são amplíssimos, permitindo a extraterritorialidade contra governos párias, como é o caso das sanções unilaterais atribuídas por com cada vez mais frequente menção ao terrorismo internacional, tráfico de drogas e crimes transnacionais supostamente cometidos por funcionários públicos e até mesmo acusações contra o governante Nicolás Maduro.

²² A rede permite a troca de mensagens eletrônicas em um meio altamente seguro, onde cada banco possui um endereço próprio (código SWIFT) ou Bank Identifier Code (BIC). Entretanto, para a efetivação destas transações, é necessário que cada participante tenha um relacionamento bancário com outro, já que a rede permite apenas a troca de informações e não dos valores em espécie. Em 11 de fevereiro de 2010 o Parlamento Europeu rejeitou o "acordo swift" em virtude dos direitos à privacidade dos cidadãos europeus. Com esta decisão, o acordo não pode produzir efeitos jurídicos na Europa.

dos direitos à privacidade dos cidadãos europeus.²³ Com esta decisão, o acordo não pode produzir efeitos jurídicos na Europa, mas tem sido usado em outras partes do mundo, entre os Estados mais desavisados.

X. Agências e agentes para tornar possível a extraterritorialidade coercitiva unilateral

Não é difícil perceber que a política da extraterritorialidade impositiva demanda arguta atenção de governos e empresas, já que mobiliza legislações cumulativas, entidades do poder público, entidades e agências especializadas, passando pela CIA, pela NSA e pelo FBI e seus agentes instalados em embaixadas e em países alvo, um complexo logístico que busca informações utilizando-se de colaboradores, fontes remuneradas e facilitadores diversos em cada país e em cada situação.

As informações coletadas por essa trama de informação são tratadas por diversos órgãos do Estado, o Departamento de Justiça - DOJ (*United States Department of Justice*, ou *Justice Department* ou DOJ)²⁴, o Tesouro, o *Federal Reserve*²⁵, a Comissão de Títulos e Câmbios dos Estados Unidos (*Securities and Exchange Commission*, ou SEC)²⁶, o Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros, e a agência de inteligência e aplicação financeira ligada ao Tesouro (*Office of Foreign Asset Control*, OFAC), e que vigia aplicações de sanções internacionais norte-americanas.

Também entram no processo de monitoramento, quando é o caso, a Divisão de Operações Especiais - *Drug Enforcement Administration* (DEA), o Centro de Operações de Narcoterrorismo,²⁷ o Centro Internacional de Operações e Inteligência de Anti-Crime Organizada (IOC-2), as secretarias de Narcotráfico e Aplicação da Lei Internacional (INL), Contraterrorismo (S/CT), sem contar os procuradores que atuam em departamentos com um imenso grau de autonomia.

XI. A atuação dos procuradores e o bote final dos mega escritórios de advocacia

²³ Conforme escreveu Paul Albert Iweins, ex-presidente da Ordem dos Advogados da França “Basta que uma operação contestada tenha sido redigida em dólares ou que uma troca de mensagens tenha transitado por um servidor norte-americano para que a jurisdição dos Estados Unidos se reconheça competente”, artigo de Jean-Michel Quatrepoint, publicado em 13 de abril de 2017, no *Le Monde Diplomatique*, <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

²⁴ <https://www.justice.gov>

²⁵ <https://www.federalreserve.gov>

²⁶ <https://www.sec.gov>

²⁷ <https://ndiastorage.blob.core.usgovcloudapi.net/ndia/2010/homeland/Dodd.pdf>

Talvez este seja o ponto mais relevante e que se conecta ao que ocorre no Brasil, embora pouco ainda se saiba. As informações divulgadas pelo The Intercept Brasil e a Agência Pública corroboram a ampla colaboração entre procuradores da república brasileiros e membros de agências de inteligência dos Estados Unidos²⁸, mas muito ainda permanece encoberto.

Nos Estados Unidos, as competências dos procuradores locais são distintas, muito mais amplas do que os congêneres no Brasil. É importante compreender as competências e atribuições dos *district attorney* e do *attorney general of the state* (um para cada um dos cinquenta Estados) e as funções de representar o estado, chefiar a consultoria jurídica do governo do estado e chefiar o sistema de aplicação da lei penal.

Os procuradores gozam de amplos poderes de negociação e de discricionariedade incomparáveis aos fiscais de outros países. Em alguns condados, como é o caso do distrito de Nova York, os procuradores têm equipes de trabalho e investigação suplementar à atividade policial, a exemplo do que ocorre em Nova Iorque, onde o departamento é dotado de uma Divisão de Investigação voltada para os crimes de corrupção e do colarinho branco.²⁹

Há muito o que se investigar ainda a respeito dos métodos de atuação, investigação e obtenção da “declaração de culpa por parte do acusado” dentro do procedimento penal norte-americano, mas sem dúvida há certos cuidados para que a legalidade seja estritamente observada, preservando-os de acusação de ilegalidades ou abusos.³⁰ Há regras que envolvem o tempo do fechamento do acordo, a demora em alcançar um acordo e a esperada “confissão”, fazendo com que os debates e negociações ocorram premidas pelo tempo, enfraquecendo o cuidado com outros aspectos que deveriam contar, dadas as consequências para além dos diretamente envolvidos.

Os escritórios de advocacia – quatro ou cinco grandes especializados em NYC - que atuam nos processos completam a trama inescapável. Com honorários exorbitantes, constroem contratos que oneram as empresas mesmo após pagarem suas dívidas, sendo obrigadas a acolher um monitor que observará o comportamento da empresa durante alguns anos para que sejam consideradas em conformidade com as boas práticas. Esse monitoramento é pago pela própria empresa e implica dezenas de colaboradores, ou seja, a empresa paga

²⁸ <https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/>

²⁹ **defense function**. 3 ed. Washington, D.C., 1993. Part III, Standard 3.1, a. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/prosecution_defense_function.authcheckdam.pdf> Acesso em: outubro de 2015.

³⁰ <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/81012/128022/F-462051835/BHS81012.pdf>

para ser vigiada por 5 anos após assumir responsabilidade por atos de corrupção.

As regras de confidencialidade, incluídas nos contratos de leniência, incluem a declaração de culpa e, em geral, a possibilidade de implicação em processos penais de responsabilização individual. Eis a razão pela qual é tão difícil desarmar o esquema de colaboração coercitiva unilateral que representa a extraterritorialidade nesses termos.

Os empresários, já castigados por processos longos, prisões preventivas, exposição pública e ameaças sancionatórias, procuram resolver seus problemas sozinhos, discretamente, caso a caso, sem mobilizar a opinião pública.

Os recursos obtidos pelos acordos são parte do processo de atração e estímulo para a condução das investigações. A repartição dos valores obtidos nos processos de combate à corrupção ocorre entre o DOJ, a SEC, o OFAC, o FED, o Departamento de Serviços Financeiros do Estado de Nova York e os procuradores de Nova York. Essa partilha é motivadora para as equipes e o dinheiro ajuda a alimentar o orçamento das suas agências e departamentos, permitindo que recebam bons salários e empreguem colaboradores.

No Brasil, algo semelhante parece ter sido tentado com a tal Fundação Lava Jato, fundação privada criada por Deltan Dallagnol com o objetivo de gerir 2,5 bilhões de dólares destinados pela Petrobras no bojo do Acordo de Leniência. A tentativa, mesmo homologada por uma juíza de primeiro grau, é escandalosamente ilegal e foi barrada pela própria Procuradoria Geral da República, trazendo à tona o que parece ser apenas a ponta do iceberg de uma rede de corrupção funcional e de uso do direito para fins de perseguição de inimigos políticos, destruição de biografias, destruição de empresas e empregos.

XII. Efeitos da extraterritorialidade coercitiva e como defender a soberania jurisdicional

Alguns qualificam este processo de aplicação impositiva da extraterritorialidade como verdadeira extorsão, dada a rede de instituições, legislações, entidades públicas e privadas, agentes, e grandes escritórios de advogados ligados ao mundo das finanças de Wall Street. Eis outra faceta do eficiente *lawfare* como parte de guerras híbridas, com o fim de produzir desestabilização econômica e empresarial, além de desajustes políticos e com imensos ganhos no contexto da política externa regional para os Estados Unidos.

Conforme reconhecem as autoridades francesas, o prejuízo para as companhias europeias em multas e sanções aos Estados Unidos passa de 40 bilhões de dólares

nas últimas décadas, sem contar a afetação à imagem da empresa, prejuízos aos credores e à viabilidade de funcionamento após o trauma das investigações, efeitos estruturais na cadeia produtiva e nos empregos.³¹

Tal como se apresenta, não há escapatória a essa agressividade jurídica, com pouca confrontação por parte dos poderes públicos de outros Estados e com débil possibilidade de retaliação. Isso quando não há, como no caso vergonhoso da Lava Jato no Brasil, efetiva e dadivosa colaboração por parte de membros do Ministério Público Federal e, conforme parece ser, complacência ou até apoio de setores do judiciário.

São operações de jurisdição extraterritorial manifestamente impositivas e arbitrárias, francamente contrárias aos interesses de qualquer Estado e muitas vezes passam despercebidas pelos poderes públicos responsáveis por acordos internacionais com cláusulas de proteção soberana, como foi o caso do Brasil.

O mais grave ainda é a combinação dessa plêiade normativa e institucional com as acusações de narcoterrorismo de países-alvo, os párias, como é o caso atual dos embargos econômicos contra o Irã e a Venezuela, uma afronta jamais vista ao direito internacional público na subversão do sistema de sanções internacionais unindo os crimes de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro com acusações de terrorismo, por vezes narcoterrorismo, um ataque aos princípios da não intervenção e da autodeterminação dos povos.

Medidas de retaliação eficientes são praticamente impossíveis, diante do arsenal que faz dessa estratégia um ativo de novo tipo de guerra contra qualquer país/empresa. É preciso, no lugar, a mobilização do Estado e da comunidade internacional para reconhecer os abusos que são, em parte, frutos de dependência do sistema financeiro a partir de um ente hegemônico no sistema padrão dólar, não pode representar um ativo inafastável. Além do direito

³¹ Jean-Michel Quatrepoint, op. cit. “Em um caso de corrupção na Indonésia, a Alstom estava associada a um grupo japonês, o Marubeni. Este tinha feito um acordo em 2012 com o DOJ e foi condenado a uma multa de US\$ 88 milhões. A conta para a Alstom, negociada em 2014, foi nove vezes maior. O Marubeni não preocupava os pesos-pesados norte-americanos no setor, enquanto a Alstom já era um alvo para a General Electric. Outro exemplo: a Alcatel. Esse grupo francês de telecomunicações era malvisto do outro lado do Atlântico. Ele tinha equipado a rede iraquiana na época de Saddam Hussein e dispunha de tecnologias superiores às de seus concorrentes norte-americanos, principalmente a Lucent. Em 2005, o DOJ pôs as mãos em um processo de corrupção visando à Alcatel na Costa Rica e Honduras. Cinco anos depois, o grupo foi condenado a pagar US\$ 137 milhões de multa. Nesse meio-tempo, ele teve de se fundir com a Lucent, que foi condenada por atos de mesma natureza cometidos na China a uma multa de... US\$ 2,5 milhões. Depois da fusão, no final de 2006, a Lucent tomou progressivamente o controle da Alcatel – um roteiro precursor do que aconteceu com o ramo de energia da Alstom (três quartos da atividade do grupo), recuperado pela General Electric em 2015. Essas multas enfraquecem consideravelmente as empresas visadas, e não apenas na ótica de fazer prevalecer o direito”. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

internacional em franco descumprimento, também o sistema de privacidade de dados precisa ser assegurado até que todas as garantias de defesa sejam preservadas, a começar pela presunção de inocência. A mídia e a espetacularização têm responsabilidade nas biografias sacrificadas, assim como o processo penal e investigatório com graves consequências à sociedade pela não observância da presunção de inocência. A generalização da exceção numa sociedade preventiva e excepcional não pode prosseguir.

Uma das formas de defender-se desse quadro impositivo de extraterritorialidade pode ser o estabelecimento de sistemas estatais próprios de combate à corrupção para que a investigação dos graves crimes de corrupção seja resguardada ao âmbito da jurisdição estatal, para que inclusive as sanções econômicas derivadas de processos de confissão e seus efeitos perversos venham a ser processados e geridos no próprio Estado, ou por órgãos do Estado com capacidade de estabelecer colaboração ativa. O controle dos processos por parte dos poderes públicos, tal como definem os tratados de colaboração da matéria, evitam os riscos de que as investigações sejam simplesmente trasladadas a outra jurisdição. Em suma, a médio prazo e seguindo o exemplo de outros países, o Brasil deveria buscar uma forma autônoma e soberana de investigar e responsabilizar os crimes de suas empresas e de seus funcionários.

O que ocorreu aqui, no entanto, foi o oposto. Agentes públicos do sistema de justiça promoveram colaboração com a extraterritorialidade impositiva, lesando interesses pátrios. O mais importante neste momento é evitar que essa prática prossiga e que fiquem impunes os crimes cometidos por funcionários do sistema de justiça que violaram tratados internacionais e mesmo a Constituição do país, no que tange às graves consequências ao erário público.

Considerações finais: Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica

O injustificado adiamento no julgamento do Habeas Corpus de n. 164.493/PR, que pretende o reconhecimento da suspeição do ex-Juiz Federal Sérgio Moro em face da violação do devido processo legal nos diversos processos contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva talvez se explique pelo alcance da teia de interesses internacionais na manutenção da farsa desta megaoperação. Não sabemos ao certo.

A Constituição Federal assegura a garantia da inadmissibilidade do uso, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos e também a equidistância das partes. Pois bem, passaram-se três anos desde o julgamento do processo do triplex e fica cada dia mais claro a relação do então Juiz Sérgio Moro com os integrantes da Força Tarefa da Lava Jato, violando *in totum* o dever de

equidistância. Além disso, são fartos os exemplos de abuso do devido processo trazidos pelo conhecimento dos diálogos que revelam conluio e colaboração entre juiz e acusador com o fim de manipular provas, testemunhas e circunstâncias para produzir as condições de condenação e aprisionamento antecipado do réu.

Também resta indiscutível que a Lava Jato operou tendo como instrumento a relação privilegiada e de apoio da imprensa, inundando os noticiários do período com o eco das suspeitas de corrupção, argumento recorrente da defesa para suscitar a falta de imparcialidade durante o processo e antes da sentença.

As consequências do julgamento do caso triplex e a confirmação do *decisum* pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região de forma acelerada e atípica acarretaram inestimáveis consequências para o ex-Presidente Lula e mesmo para sociedade, considerando as eleições de 2018 e a real possibilidade de ganhar o pleito e governar o país.

Os vazamentos da agência *The Intercept Brasil* ao longo de 2019 e 2020 e as revelações mais recentes da Operação Spoofing dão conta de uma relação de conluio ilegal entre Dallagnol e a força-tarefa da Lava Jato com o ex-juiz Moro visando a condenação do ex-Presidente e a forçando uma relação de corrupção sistêmica com a Petrobras e outras empresas. O mais impressionante, no entanto, conforme revelam os últimos vazamentos, foi a colaboração ilegal dos integrantes do MPF de Curitiba com agente do FBI e do Departamento de Justiça durante os anos de 2015 e 2016, à revelia do Ministério da Justiça e em franca violação de tratados internacionais.

Seria esta uma das razões da parcialidade em juízo? Seria a extraterritorialidade impositiva uma das razões para que a Lava Jato funcionasse fora dos parâmetros legais e violando até mesmo prerrogativas de outros poderes?

Recorde-se que o acordo bilateral entre Brasil e Estados Unidos estabelece que atos de colaboração em matéria judicial entre Brasil e Estados Unidos – tais como pedir evidências como registros bancários, realizar buscas e apreensões, entrevistar suspeitos ou réus e pedir extradições – devem ser feitos por meio de um pedido formal de colaboração, conhecido como MLAT, e tendo o Ministério da Justiça como ponto de contato com o Departamento de Justiça americano.³²

Este é o espírito de reciprocidade que rege as relações internacionais de qualquer estado soberano, o estabelecimento de congêneres equivalentes, de mesmo peso estatal, neste caso ligados ao processo diplomático e soberano do Estado, dadas as implicações de investigação judicial de grande porte e que põem em risco a

³² Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, assinado em 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm

soberania nacional, os interesses e disputas internacionais, o relacionamento político entre nações etc. O que ocorreu, no entanto, foi uma cooperação informal e lesiva aos tratados internacionais, e esta situação de ilegalidade está no âmago da Lava Jato, do *modus operandi* danoso à lisura e à legalidade de toda a operação.

Agentes norte-americanos, incluindo integrantes do FBI, atuaram secretamente no caso, estiveram em território nacional para iniciar diligências de investigação e atuaram na sede do Ministério Público Federal de Curitiba, tudo isso à revelia do Ministério da Justiça do então governo de Dilma Rousseff. Durante uma semana, os agentes estrangeiros foram apresentados aos advogados de delatores e ali teve início um profícuo processo de colaboração, aconselhamento e apoio por parte do MPF para facilitar a instalação da extraterritorialidade.

Muitos elementos da trama ainda não são conhecidos, nem mesmo detalhes da participação do ex-juiz Sergio Moro nestes episódios, mas está claro, considerando a harmonia entre acusação e juiz durante todos estes anos de Lava Jato, bem como a amarração perfeita de acusações contra grandes empresas sob a mesma jurisdição de Curitiba, que o desmonte econômico e empresarial produzido pela Lava Jato foi altamente interessante para os interesses dos Estados Unidos, não só no Brasil como em outros países latino-americanos em que as mesmas empresas são também abatidas juridicamente.

Vale registrar a nada surpreendente e bastante irônica decisão de Sérgio Moro, após abandonar o cargo de Ministro da Justiça do governo de Jair Bolsonaro, aceitar o convite para tornar-se sócio-diretor da Alvarez & Marsal, uma consultoria norte-americana que, entre outros interesses, também atua na recuperação judicial da Odebrecht, da Queiroz Galvão e de outras empresas que foram devassadas pela operação Lava Jato.

O acordo de leniência entre a Petrobras, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Procuradoria do Distrito Leste da Virgínia também é uma fonte importante para se compreender como foram lesados os interesses nacionais e como resta comprometido o futuro do país como nação soberana.

Vale destacar que a Suprema Corte brasileira reconheceu, em abril de 2021, a parcialidade do ex-juiz em todos os processos de Lula, que teve sua condição jurídica e política de liberdade restituída após histórico julgamento em que, em última análise, também se condenou a Operação Lava Jato como uma grande farsa jurídica a limitar a participação popular.

O reconhecimento da parcialidade de um juiz que conduziu, como um maestro de orquestra, a harmonia de todos os instrumentos (agentes públicos e privados, instituições, imprensa) para se chegar a um final perfeito e implacável contra adversários e contra o próprio país é mais que uma questão de justiça. Trata-se do

da percepção de que a soberania jurisdicional pode estar em risco diante de estratégias que em tempos de guerras híbridas, pode lesar fortemente os interesses nacionais por intermédio de atores do sistema de justiça.

...oOo...