

CARL SCHMITT E A CRÍTICA AO LAWFARE¹
CARL SCHMITT AND THE CRITIQUE OF LAWFARE

David Luban²

Resumo

Lawfare é o uso do Direito como arma de guerra contra um adversário militar. Os críticos dessa técnica reclamam que os autoproclamados “humanitários” estão verdadeiramente engajados no abuso político e partidário do Direito, ou seja, praticam o *lawfare*. Este artigo volta o espelho aos próprios críticos do *lawfare* e argumenta que sua crítica não é menos abusiva ou política que o seu suposto alvo. Esses críticos enxergam o direito humanitário com desconfiança, como nada mais do que um instrumento utilizado por adversários fracos contra fortes poderes militares. Ao desconfiarem do direito humanitário, atacando a motivação dos advogados humanitários, eles enfraquecem o argumento desinteressado e a validade de sua própria crítica.

Este artigo explora as visões política e jurídica fundamentais à crítica do *lawfare* por meio de uma leitura do estudioso mais significativo que defende essa visão, o jurista alemão Carl Schmitt. Através da leitura e crítica de Schmitt, o artigo examina tanto a força da crítica ao *lawfare*, quanto as suas falhas.

Palavras-Chave: Carl Schmitt; crítica; *lawfare*.

¹ Artigo traduzido por Marina Barbosa de Camargo Fernandes e revisado por Tânia Regina Cosci Nascimento.

² Professor de Direito e de Filosofia no Centro de Direito da Universidade de Georgetown. Em 2012-13 co-dirigiu o Centro de Estudos Jurídicos Transnacionais em Londres. Luban também dirigiu o Centro de Segurança e Direito Nacional de Georgetown. Os seus interesses de pesquisa centram-se na responsabilidade moral e jurídica em ambientes organizacionais, incluindo escritórios de advocacia, governo e militares. Além da ética legal, ele também escreve sobre a teoria da guerra, a segurança nacional e o direito penal internacional. Email: luband@law.georgetown.edu; jtreed@justsecurity.org

I - Introdução

Lawfare é o uso do Direito como uma arma de guerra contra um adversário militar. O Direito pode ser transformado em uma arma de muitas maneiras, mas a mais fácil delas é acusar o adversário de crimes de guerra, submetendo-o, assim, ao assédio através de litígios e má publicidade. Obviamente, acusações de crimes de guerra não são o único método de *lawfare*. Os advogados dos EUA que escreveram os memorandos sobre tortura e que forjaram argumentos para legitimar a realizada pela Agência de Inteligência Central (CIA), estavam engajados no *lawfare* de uma maneira diferente; de fato, John Yoo, o mais conhecido desses advogados, indiretamente vangloriou-se sobre o uso do *lawfare* em seu livro de memórias *War By Other Means*³, uma torção engenhosa da máxima de Carl Von Clausewitz de que a guerra é a política realizada de outra maneira. Na visão de Yoo, aparentemente, o direito que ele praticou ao servir seu governo era uma guerra feita de outra maneira, o que é simplesmente outro nome para *lawfare*. Também em outros contextos, Estados podem utilizar o *lawfare* tanto quanto agentes não-estatais. Charles J. Dunlap, Jr., que popularizou o termo *lawfare*, aponta que o *lawfare* “pode operar positivamente” e detalha vários exemplos nos quais os Estados Unidos “substituíram metodologias de *lawfare* por meios materiais tradicionais⁴”. Porém, os meus principais exemplos de *lawfare*, serão acusações à pessoas naturais de crimes de guerra por um poderoso, moderno exército. Certamente, é isso o que interessa a atualidade.

Embora o termo *lawfare* possa ser usado de maneira simplesmente descritiva, como Dunlap fez, isso não é o mais comum.⁵ *Lawfare* é uma palavra polêmica e pejorativa. Acusar

³ YOO, John. **War By Other Means: an insider's account of the war on terror**. 2006.

⁴ DUNLAP, Charles J. Commentary - Lawfare Today: a perspective. **3 Yale Journal of International Affairs**. p. 146-47. 2008

⁵ Idem. Na página 146, Dunlap procura definir o termo de forma neutra como “a estratégia de utilizar – ou de utilizar incorretamente – o Direito”, e trata o Direito como “um meio que pode ser utilizado para propósitos bons ou ruins”. Isso contrasta com o artigo anterior de Dunlap sobre *lawfare*, no qual ele concorda com alguns dos críticos mais radicais ao *lawfare* que “as posições das ONGs muitas vezes se parecem com posições políticas”, e que “há um elemento inegável de antiamericanismo no direito internacional da maneira como está se desenvolvendo hoje em dia”. DUNLAP, Charles J. **Law and Military Interventions: preserving humanitarian values in 21st [century] conflicts**. 2001. Disponível em: <http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> Acesso em: 7 de Dezembro, 2010.

alguém de *lawfare* é acusá-lo de algo sorrateiro. A acusação pode ser dividida em duas partes. Primeiramente, é a insinuação de que aqueles que se utilizam do *lawfare* estão lutando por meios covardes. Essa era a implicação de uma sentença muito observada pela Estratégia de Defesa Nacional dos Estados Unidos em 2002 e 2005: “A nossa força como uma nação continuará a ser desafiada por aqueles que empregam uma estratégia dos fracos, utilizando fóruns internacionais, processos judiciais e terrorismo”⁶. Colocar processos judiciais junto com terrorismo como parte de uma “estratégia”, equivale a acusar aqueles que levam o governo dos Estados Unidos para um tribunal de utilizarem o *lawfare* de modo particularmente vil, e rotular essa técnica como “uma estratégia dos fracos” é um escárnio. Por que os inimigos não lutam como verdadeiros homens, em vez de fingirem ser adeptos desinteressados da legalidade?

Em segundo lugar, a acusação de *lawfare* implicitamente assume que os *lawriors* – como vou chamar os que praticam essa técnica – estão abusando da lei ao fazerem acusações sem fundamento de ilegalidade contra seus inimigos. O *lawrior* se mostra como um desinteressado ator legal que, mais por tristeza do que por raiva, chama a atenção do mundo para crimes de guerra cometidos por uma parte que, apenas por coincidência, acaba sendo o adversário. Tais acusações são factualmente ou legalmente sem fundamento. Então *lawfare* é uma afronta dupla, tanto contra a virtude marcial quanto contra a virtude legal.

Deixe-me dizer um pouco mais sobre o porquê do *lawfare* ofender a virtude legal. *Lawfare* é uma espécie de politização do Direito. Reivindicações legais legítimas apelam para padrões que transcendem o caso particular e as partes particulares. Essas nunca devem ser baseadas apenas na vontade das partes – “dê para mim porque eu quero!” – mas em demandas que se baseiam em padrões neutros – “dê para mim porque eu tenho um direito legal a isso!” É claro que temos o direito de sermos céticos quanto à neutralidade política do Direito em todos os seus níveis: legislação, acesso às instituições legais, interpretação jurídica e aplicação da lei aos fatos. Porém, o Direito tem o compromisso de manter uma neutralidade mínima e uma relativa despolitização – comparado com partidarismos, truques sujos, e conflitos

⁶ **National Defense Strategy of the United States** (Mar. 2005) Disponível em: http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/dod/nds-usa_mar2005.htm Acesso em: 7 de Dezembro, 2010. Ver também DUNLAP, 148 (Notavelmente, Dunlap explicitamente reagiu contra esse sentimento: “Para deixar claro, eu condeno qualquer interpretação de *lawfare* que chame de terroristas aqueles que utilizam legitimamente os tribunais para desafiar qualquer ação governamental”.)

armados - e é difícil ver como o Direito poderia enganar tantas pessoas durante tanto tempo, caso nunca tivesse cumprido tal compromisso.

O crítico do *lawfare* acusa o inimigo *lawrior* de politizar o Direito, presumivelmente por razões básicas. Especificamente, acusa o inimigo *lawrior* de abusar do direito internacional humanitário e do direito penal internacional para paralisar ou, pelo menos, assediar planejadores militares inimigos.⁷ A última década viu duas grandes erupções da crítica ao *lawfare*.⁸ A primeira foi pelos EUA, durante o governo Bush e a segunda foi por Israel e os defensores americanos de Israel, na esteira do Relatório Goldstone. No primeiro caso, as acusações consistiam em que os governos da “velha Europa” e organizações não-governamentais como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) buscavam enfraquecer as táticas dos EUA na Guerra ao Terror por motivos essencialmente políticos.⁹ Aqui, a acusação de *lawfare* era indireta: ninguém acusou a CICV ou os países do oeste europeu de intencionalmente auxiliar a AL-Qaeda, embora alguns críticos ao *lawfare* insinuassem que os europeus poderiam ter um histórico geopolítico de atrapalhar a dominação militar dos EUA.¹⁰ Em vez disso, a acusação era de que os grupos humanitários seriam os idiotas úteis dos jihadistas. A reação ao Relatório Goldstone foi diferente: aqui, a acusação foi, nas palavras do jornalista Jeffrey Goldberg, de que Richard Goldstone era “o chefe da festa do enforcamento” cujo “objetivo. . .era tornar Israel culpada”.¹¹ Essa foi a mais direta acusação de *lawfare* internacional e deliberado no debate americano.

Assim como a acusação de *lawfare* é uma espécie de acusação mais ampla de politizar o Direito – especificamente, o *lawrior* politiza o Direito para a vantagem militar de alguém – também é uma espécie de argumento *ad hominem*. Ao desmascarar os recursos do direito

⁷ Eu utilizo o termo “direito humanitário internacional” (DHI) em vez do nome militar padrão “Direito Internacional dos Conflitos Armados” (DICA) por dois motivos. Primeiro, eu o utilizo para enfatizar que estou falando sobre o direito internacional e, não, doméstico e, segundo, para enfatizar que uma grande parte do DHI vai além do planejamento humanitário de limitar o sofrimento e destruição das guerras o máximo possível.

⁸ Com o termo “crítica ao *lawfare*” eu me refiro ao ataque ao direito humanitário internacional e suas instituições como uma forma de *lawfare* e utilizo o termo “crítico ao *lawfare*” para me referir a alguém engajado na crítica ao *lawfare*.

⁹ Para mais acusações notáveis feitas contra a CICV, veja RIVKIN JR., David B. CASEY, Lee A. **Rule of Law: friend or foe?** Wall St. J. 11 de Abril de 2005 (criticando o estudo da CICV sobre o direito humanitário internacional como politizado e dizendo aos Estados Unidos que parassem de financiar a CICV); RIVKIN JR., David B., ET AL., **Not Your Father’s Red Cross**. 20 de Dezembro de 2004. Disponível em: <http://crunchycon.nationalreview.com/articles/213182/not-your-fathers-red-cross/david-b-rivkin-jr>. Acesso em: 7 de Dezembro de 2010 (acusando a CICV de abandonar o seu papel imparcial em favor da advocacia).

¹⁰ Talvez o texto paradigma sobre a programação europeia e suas diferenças quanto a dos Estados Unidos seja KAGAN, Robert. **Of Paradise and Power: America and europe in the new world order**. Viintage Books, 2004.

¹¹ GOLDBERG, Jeffrey. On That United Nations Report. **The Atlantic**. Setembro de 2009. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/international/archive/2009/09/on-that-united-nations-report/26777>.

humanitário como *lawfare* a favor dos objetivos militares de um indivíduo, os críticos do *lawfare* desviam a atenção da essência das reivindicações legais para os motivos egoístas e sorrateiros do indivíduo que está fazendo a reivindicação. Como todos os argumentos *ad hominem*, a crítica ao *lawfare* tem a função retórica de desviar a atenção do que a retórica clássica chamava de logos do argumento – a sua substância – para o seu *ethos* – o caráter do indivíduo¹². O logos nesse caso é o argumento de que os soldados cometeram crimes de guerra; o *ethos* são os motivos militarizados e insidiosos que levaram a essas acusações.

É claro que o criticismo *ad hominem* em si é a técnica primária do argumento politizado. Os críticos ao *lawfare* praticam, eles mesmos, *lawfare*. Não que as críticas a esse método sejam necessariamente uma forma de *lawfare*, assim como nem todas as acusações de crimes de guerra são uma forma de *lawfare*. Às vezes, um argumento é apenas um argumento. Mas os mais notáveis críticos do *lawfare* suspeitam de reivindicações dos autodenominados humanitários e advogados de direitos humanos que se dizem desinteressados. Participantes de um combate mortal contra os *lawriors*, os críticos ao *lawfare* não fazem uso de inquiridos mais desinteressados do que um soldado no campo de batalha.¹³

Algumas questões parecem se entregar a um tratamento acadêmico politizado, pois estão envolvidas em controvérsias públicas de alto risco, mesmo que indiretamente. Alguns anos atrás, eu estava trabalhando em um artigo de Direito e literatura sobre a cena do julgamento na *Oresteia* de Aeschylus e minha pesquisa me levou até questões sobre se algum dia existiu um matriarcado histórico¹⁴. Uma famosa interpretação de 1861 dessa obra expressa que sua lenda deriva de uma real conquista da sociedade matriarcal grega por invasores dórios patriarcais¹⁵. Frederick Engels aceitou essa interpretação em *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, e devido a isso, essa teoria se tornou um dogma no mundo comunista.¹⁶ Eu descobri que é praticamente impossível encontrar clássicos, de qualquer um dos lados da discussão, que não estejam envolvidos em polêmicas da Guerra Fria. Foi difícil para alguém de fora do debate, como eu mesmo, que não estava envolvido nessa briga,

¹² A fonte dessa distinção é: ARISTÓTELES, Retórica. In: _____. **The Complete Works Of Aristotle**. Jonathan Barnes, 1984.

¹³ Aqui eu tenho especificamente o “Lawfare Project” em mente, uma organização que em 2010 organizou conferências acadêmicas em grandes faculdades de Direito para denunciar o Relatório Goldstone e a ameaça que é o *lawfare* para os interesses norte-americanos.

¹⁴ AESCHYLUS, **The Oresteia**. Tradução Hary Lloyd-Jones, 1993.

¹⁵ ENGELS, Frederick. **The Origins Of The Family, Private Property, And The State**: in the light of the researchers of Lewis H. Morhan. Tradução Ernest Untermann, 1992

¹⁶ Engels (*idem*).

encontrar algum estudo que parecesse confiável.¹⁷ Aparentemente, a Guerra Fria sugou até mesmo questões de antropologia e arqueologia para um vortex político, e com elas, os estudos acadêmicos. Outro exemplo é o exaustivo e infinito debate sobre os danos punitivos e supostos litígios americanos, nos quais o júri teria proferido sentenças excessivamente onerosas. Alguns anos atrás, eu compareci a uma conferência acadêmica sobre os danos punitivos ministrada por uma distinta lista de palestrantes bastante equilibrada entre os que seriam “a favor”, “contra”, e os “empiristas”, que tinham dados sobre a incidência dos danos punitivos. Na manhã em que a conferência começou, a desanimada organizadora anunciou que os palestrantes que eram a favor dos danos punitivos e os que eram contra haviam se retirado. Aparentemente o conselho geral de uma grande companhia de seguros havia lido os roteiros dos palestrantes e concluído que os estudos empíricos condenavam os lados que eram a favor dos danos punitivos. Desse modo, a conferência deveria ser deslegitimada por aparentar ser favorável a um dos lados da discussão. Ela pediu que os clientes da corporação instruissem os seus representantes a se retirarem da conferência. A organizadora estava estarecida. Pelo que eu me lembro, apenas um palestrante “a favor” não se retirou. O discurso atual sobre *lawfare* tem muitas marcas desse debate: os estudos sempre contêm um subtexto político, que os leitores podem perceber mesmo sem conseguirem decodificá-lo.¹⁸ Em última análise, leitores que querem formar uma opinião e que buscam o estudo para adquirirem conhecimento, e não uma posição política já estabelecida, vão se desapontar. Eles irão concluir, da mesma maneira que eu cheguei a uma conclusão ao ler sobre um matriarcado histórico, que poucos estudos são confiáveis. Não apenas as questões legais são politizadas, mas também os debates acadêmicos sobre elas.

¹⁷ Eu finalmente encontrei um artigo científico que tivesse uma apresentação equilibrada. ARTHUR, Marilyn. Review Essay: Classics, 2 **Signs: Journal of Women in Culture and Society**. v. 382. 1976. A clássica interpretação marxista é THOMSON, George. **Aeschylus and Athens: a study in the social origins of drama**. 4ªed. Lawrence & Wishart, 1973.

¹⁸ É claro que os leitores podem se perguntar a mesma coisa quanto a esse artigo. Para retirar o véu de meu próprio texto, eu dediquei vários anos criticando a administração do governo Bush por engajar e legalizar a tortura, e críticos ao *lawfare* podem ver tais críticas como um exemplo de *lawfare*. Ver LUBAN, David. **The Torture Lawyers of Washington**. In: **Legal Ethics And Human Dignity**. Cambridge University Press, 2007. Eu também critico as posições legais da administração Bush quanto aos aprisionamentos em Guantánamo, em LUBAN, David. **The War on Terrorism and the Endo of Human Rights**. In: _____. **War After September 11**. Edição Verna V. Gehring. 2002 *Ver também* LUBAN, David. **Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo**. **Stanford Law Review**. v.60, 1981 (2008) (Crítica aos oficiais dos Estados Unidos por tentarem enfraquecer as representações legais dos detentos de Guantánamo, e discussão sobre esses esforços poderem ter sido *lawfare* em resposta a *lawfares* da defesa de Guantánamo). Tal crítica também pode sofrer uma análise hostil feita pelos críticos ao *lawfare*. Eu digo que, às vezes, um argumento é somente um argumento.

A crítica ao *lawfare* não diz simplesmente que os que acusam alguém de crimes de guerra possuem motivos superiores, o que por si só não seria uma acusação interessante. Qualquer um que recorre a uma instituição legal possui motivos superiores: ninguém ingressa com uma ação judicial simplesmente por querer saber a resposta a uma questão legal. Nos litígios do dia a dia, nós não achamos ser moralmente condenável uma das partes ter motivos egoístas em relação à ação judicial; se ela não tivesse, nós poderíamos até mesmo duvidar de sua posição. Sem dúvidas, a CICV tem o seu próprio interesse institucional ao defender a sua interpretação do direito humanitário internacional. Sem dúvidas, Hamas tinha os seus próprios motivos para dirigir a Comissão Goldstone a algumas testemunhas em vez de outras, assim como o Estado de Israel tinha os seus próprios motivos ao dificultar a investigação de Goldstone. Qualquer advogado competente tem motivos estratégicos por trás da escolha de seus argumentos legais, do momento em que vai utilizá-los e do fórum a que vai comparecer. Se um planejamento estratégico, baseado em um objetivo que se deseja alcançar, é característico do *lawfare*, então todo litígio é um *lawfare*. A diferença é a natureza especificamente militar do objetivo a ser alcançado, isto é, que o sucesso legal irá constranger as forças militares de um Estado ao declarar que algumas de suas táticas não são legalmente válidas. O verdadeiro problema, assim como nos litígios domésticos, não é se as partes têm motivos ocultos, mas se os motivos ocultos podem se basear em argumentos legais – se o logos está por trás do ethos e do pathos. Insinuar que o avanço de tais argumentos é *lawfare*, e portanto, ilegítimo, é insinuar que o Direito não poderia nunca restringir o conflito armado. Assim, a crítica radical ao *lawfare* equivale a uma violação do direito humanitário internacional e do direito penal internacional como tais.

II - Carl Schmitt como crítico ao *lawfare*

Eu me interesso pela genealogia intelectual da crítica ao *lawfare*. Existe uma filosofia coerente por trás da suspeita do direito humanitário como uma ferramenta ou um pretexto para desarmar as forças militares de um Estado? Na minha visão, essa filosofia se encontra em um dos estudos mais significantes e famosos sobre teoria política do século XX: *O Conceito do Político* de Carl Schmitt, escrito em 1932.¹⁹ Schmitt foi um jurista e filósofo

¹⁹ SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Tradução expandida George Schwab, 2007. Essa edição expandida também contém as notas de Leo Strauss sobre SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Tradução Harvey Lomax, e sobre o artigo escrito em 1929 por Schmitt, **The Age of Neutralizations and**

conservador durante a República Weimar. Ele foi esquecido após a 2ª Guerra Mundial porque foi um jurista especialista em direito público, para o Partido Nazista e por ter publicado alguns textos anti-semitas.²⁰ Nos anos 70, Schmitt foi curiosamente revivido por teóricos esquerdistas e, após os ataques do 11 de setembro, muitos passaram a se interessar por seus estudos, principalmente sobre os que defendem um poder executivo sem limites em face de uma emergência.²¹ Muitos escritores perceberam o caráter “Schmittiano” nas justificativas constitucionais do governo Bush, sendo que o teórico político e comentarista Alan Wolfe incluiu em seu livro de 2009, *The Future of Liberalism*, um capítulo cujo título era “Mr. Schmitt vai a Washington”.²² Schmitt viveu até os anos 90 e pôde testemunhar sua própria redescoberta pelos estudiosos e seu reconhecimento como um grande pensador político. E, goste disso ou não, Schmitt é um grande pensador político, assim como um escritor sedutor e estimulante.

Na proposta fundamental de *O Conceito do Político* deve-se claramente compreender que, “o político”, refere-se somente à distinção entre amigo-inimigo.²³ Mais ainda, “os conceitos de amigo e inimigo devem ser compreendidos em seu sentido concreto e

Depolitizations. Tradução Matthias Konzett e John P. McCormick. O artigo mais recente é essencialmente uma continuação de **The Concept of the Political**, e os comentários importantes de Strauss se referem a ele. A edição também contém um artigo introdutório extremamente valioso escrito por Tracy B. Strong, **Dimensions of the New Debate around Carl Schmitt**.

²⁰ BALAKRISHNAN, Goapl. **The Enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt**. Verso, 2002. Quanto aos estudos anti-semitas de Schmitt, veja MEIER, Heinrich. **The Lesson of Carl Schmitt**. P. 151-73, 1998. (detalhando e resumindo os pontos mais anti-semitas de Schmitt); HOLMES, Stephen. **The Anatomy of Antiliberalism**. pg. 38-39, 50-53, 1993.

²¹ SCHMITT, vide nota 17.

²² WOLFE, Alan. **The Future of Liberalism**, 2009. O artigo introdutório de Strong ao **The Concept of the Political**, *supra* nota 17, lança uma luz sobre o desenrolar das recepções de Schmitt. A conexão entre Schmitt, a política da administração Bush, e a crítica ao lawfare foi percebida em 2005 por Scott Horton, que a desenvolveu em uma série de postagens em blogs e artigos: HORTON, Scott. The Return of Carl Schmitt. **Balkinization**, 7 de Nov. 2005. Disponível em: <http://balkin.blogspot.com/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>; HORTON, Scott. Carl Schmitt and the Military Commissions Act of 2006. **Balkinization**, 16 de out. De 2006. Disponível em: http://balkin.blogspot.com/2006/10/carl-schmitt-and-military-commissions_16.html; HORTON, Scott. Carl Schmitt, the *Dolchstoßlegende*, and the Law of Armed Conflict, **Balkinization**, 21 de out. 2006. Disponível em: <http://balkin.blogspot.com/2006/10/carl-schmitt-dolchstoßlegende-and-law.html>; HORTON, Scott. A Kinder, Gentler Lawfare. **Harper's Magazine**. 30 de Nov. 2007. Disponível em: <http://www.harpers.org/archive/2007/11/hbc-90001803>; HORTON, Scott. State of Exception: Bush's War on the Rule of Law. **Harper's Magazine**. 30 de nov. 2007. Disponível em: <http://www.harpers.org/archive/2007/07/0081595>. Schmitt foi adotado pelos gaviões anti-terroristas. Veja POSNER, Eric. ADRIAN, Vermeule. **Terror in the Balance: security, liberty, and the courts**. 2007. (pretendendo “extrair a medula de Schmitt e jogar fora os ossos”); RISTROPH, Alice. **Professors Strangelove**. 2008 (descrevendo a metáfora deles como “provavelmente não a melhor imagem a ser utilizada para se referir a um estudioso associado ao Terceiro Reich”).

²³ SCHMITT, vide nota 17, pg. 26.

existencial, não como metáforas ou símbolos”²⁴ e “os conceitos de amigo, inimigo e combate, recebem os seus reais significados precisamente porque se referem à real possibilidade de morte física”²⁵. Schmitt não quer dizer que a política sempre envolve conflito físico: “A guerra não é nem o objetivo, nem o propósito e nem mesmo o próprio conteúdo da política. Mas como uma possibilidade sempre presente, é o principal pressuposto que determina, de uma maneira característica, a ação e o pensamento humanos e, portanto, cria um comportamento político específico.”²⁶

Schmitt também insiste em que “o inimigo político não precisa ser odiado pessoalmente”; mas isso é irrelevante, pois iremos matá-lo se isso for necessário. ²⁷Nós lutamos não por causa de um ódio pessoal, mas porque o inimigo ameaça a nossa maneira de viver. “Se essa destruição física da vida humana não é motivada por uma ameaça existencial à maneira de viver de alguém, então não pode ser justificada. Assim como a guerra raramente pode ser justificada por normas éticas e jurídicas.”²⁸ Para Schmitt, a ilusão do liberalismo encontra-se no pensamento de que o homem é intrinsecamente bom e que, se erradicássemos o ódio, poderíamos erradicar a inimizade e a matança. A contrário sensu, “todas as genuínas teorias políticas assumem que é da natureza do homem ser mau, i.e., de maneira alguma um ser sem problemas, mas um ser perigoso e dinâmico.”²⁹

Da concepção fundamental de política, baseada na oposição entre amigo e inimigo de Schmitt, chega-se ao fato de que todos os grupos políticos se opõem uns aos outros – sem inimigos, sem política. O mundo político é, por definição, um mundo formado por “nós” e “eles” e uma comunidade política “que envolva todo o globo e toda a humanidade não pode existir.”³⁰ O antigo ideal de um mundo cosmopolita, uma comunidade formada por toda a humanidade, é uma ficção apolítica e o fato de que um *deles*, o inimigo, é tão humano, tão decente, e tão amável quanto um de *nós* não gera argumento algum que vá contra a decisão de matá-lo.

É claro que as pessoas vão continuar a invocar os ideais de “humanidade”. Mas na visão de Schmitt, qualquer um que faça isso está agindo de má-fé. Como ele diz na fala mais

²⁴ Idem. pg. 27.

²⁵ Ibidem. pg. 33.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem. pg. 29.

²⁸ Ibidem. pg. 49.

²⁹ Ibidem. pg. 61.

³⁰ Ibidem. pg. 53.

memorável de seu importante livro, “qualquer um que invoque o conceito de humanidade está trapaceando”³¹. Não que haja alguma coisa errada em trapacear – isso é política:

Que lutas sejam travadas em nome da humanidade [...] tem um significado político especialmente intenso. Quando um Estado luta contra o seu inimigo político em nome da humanidade, essa não é uma guerra pelo bem da humanidade, mas uma guerra na qual um Estado em particular procura usurpar um conceito universal para utilizá-lo contra o seu oponente militar”³²

O humanitarismo é, na visão de Schmitt, extraordinariamente perigoso. Lutar em nome da “humanidade” torna o seu inimigo alguém que não faz mais parte dessa humanidade, o que te possibilita fazer as coisas mais horríveis com ele³³. Uma guerra para encerrar todas as guerras – “a última guerra da humanidade” – é “necessariamente intensa e desumana pois [...] simultaneamente torna o inimigo um [...] monstro que deve ser não apenas derrotado, mas completamente destruído.”³⁴

E a palavra “humanidade” não é o único termo político e polêmico a se mascarar como um conceito altamente moral. “Há sempre grupos humanos reais que lutam contra outros grupos humanos reais em nome da justiça, humanidade, ordem, ou paz. Ao ser repreendido por imoralidade e cinismo, o espectador dos fenômenos políticos pode sempre reconhecer nessas reprimendas uma arma política utilizada no próprio combate.”³⁵

“A Política” não é uma ideia filosófica ou uma ideia de qualquer outro tipo: é uma realidade concreta e existente. Conceitos políticos têm simplesmente significados polêmicos. Eles podem soar filosóficos ou universais, mas na verdade “eles focam em um conflito específico e estão ligados a uma situação concreta; [...] e eles se tornam abstrações vazias e fantasmagóricas quando a situação desaparece.”³⁶ Então, estritamente falando, Schmitt nega a possibilidade de uma filosofia política existir. Existem apenas termos políticos disfarçados de filosofia.

Para Schmitt, de fato, a categoria da política devora todas as outras categorias, não apenas a filosofia política. Não há como a política escapar para outro reino de qualquer natureza.

Acima de tudo, o caráter político determina o uso da palavra política independentemente de o adversário ser qualificado como não político (no sentido de

³¹ Ibidem. pg. 54.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem. pg. 36.

³⁵ Ibidem. pg. 67.

³⁶ Ibidem. pg. 30.

ser inofensivo), ou ao contrário, se alguém deseja desqualificar ou denunciá-lo como político para retratar a si mesmo como não político (no sentido puramente científico, puramente moral, puramente jurídico, puramente estético, puramente econômico, ou uma série de outras purezas similares) e, portanto, superior.³⁷

Nós podemos compreender o que Schmitt quer dizer por meio de um exemplo contemporâneo: debates relativos às mudanças climáticas ou à teoria da evolução. Alguns pensam que é uma questão científica se os gases do efeito estufa causados pelo homem provocam mudanças climáticas, assim como a questão de os seres humanos terem evoluído de ancestrais não humanos. Porém, aqueles que pensam que nos assuntos científicos nós devemos recorrer somente à ciência, não compreendem que o conceito da política devora a ciência junto com tudo o mais. Se as conclusões científicas implicassem uma mudança de nosso estilo de vida, nós rejeitaríamos essas conclusões e, se necessário, destruiríamos os cientistas. Se os cientistas reclamarem que os ataques a sua pessoa, integridade, ou honestidade são “políticos”, nós iremos (por razões políticas) denunciar a resposta deles como simplesmente política.

É isso que Schmitt quer dizer ao falar que “o caráter político determina o uso da palavra política.” Até mesmo a palavra “política” é política: nós a utilizamos para manchar e enfraquecer as reivindicações de nossos adversários. “Questões terminológicas se tornam [...] altamente políticas”.³⁸ E então, após denunciar a defesa dos cientistas como política, nós continuaremos a sujar a imagem deles e tentaremos o máximo possível fazer com que sejam despedidos, percam o seu apoio financeiro e sejam silenciados. Eles podem ter pensado que estavam respondendo a uma questão técnica, científica. Mas, no mundo político não existem questões técnicas, apenas questões políticas. Hobbes reconheceu isso ao escrever:

Se o axioma de que os três ângulos de um triângulo são iguais a dois ângulos de um quadrado fosse contra qualquer direito de propriedade, ou contra o interesse daqueles que possuem uma propriedade, não duvido de que essa doutrina seria contestada, senão oprimida pela queima de todos os livros de geometria.³⁹

É claro que Schmitt não nega que a ciência ou a arte, o direito e a geometria possam ser apolíticos, desde que os órgãos políticos os vejam como inofensivos para a sua maneira de viver, mais ainda se eles forem úteis em conflitos políticos. Não há como negar que um Estado pode, às vezes, ganhar vantagem política ao promover um evento cultural. Mas, a

³⁷ Ibidem. pg. 31-32. Isso inclui os puramente religiosos, como Schmitt deixa claro. Ibidem, pg.39. Deus pode estar acima da política, mas a fé em Deus não.

³⁸ Ibidem. pg. 31.

³⁹ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Capítulo XI (edição Richard Tuck).

política permanece primariamente no sentido de que são os políticos que vão decidir quando um artista ou cientista se torna politicamente perigoso, se isso acontece, não vai ocorrer nenhuma arte pelo bem da arte ou ciência pelo bem do conhecimento. Os protestos de inocência apolítica dos cientistas serão condenados como artimanhas políticas especialmente astutas.

Note que no parágrafo citado acima, Schmitt inclui “puramente jurídica” como uma das posições políticas que os inimigos podem tomar ao fingirem não serem políticos – para se tornarem políticos. A CICV afirma estar argumentando imparcialmente, “pura e juridicamente”, quanto às leis da guerra.⁴⁰ Os críticos ao *lawfare* reconhecem que a reivindicação da CICV de ser puramente jurídica e apolítica é simplesmente uma maneira insidiosa de ser política, de usar o *lawfare* contra Estados com poderosos exércitos. A CICV pretende ser neutra – uma das maneiras mais certas de se reconhecer o inimigo. Em uma das frases mais significativas de seu livro, Schmitt escreve: “Os pontos altos da política são simultaneamente os momentos em que o inimigo é, na realidade concreta, reconhecido como o inimigo.”⁴¹ A crítica ao *lawfare* é, para Schmitt, um ponto alto da política.

Schmitt denuncia todas as “neutralizações e despolitizações”⁴², as quais são para ele marcas do liberalismo. Não existem neutralizações, se você não está conosco, então está contra nós e iremos destruí-lo: “Se uma parte da população declara que não mais reconhece inimigos, então, dependendo das circunstâncias, irá tomar o lado deles e auxiliá-los”⁴³. Você pode não se interessar pela política, mas a política se interessa por você.

Há alguma maneira de escapar da areia movediça da política? Não, de acordo com Schmitt: “Se um povo não mais possui a energia ou a vontade de se manter na esfera política, ela não irá desaparecer. Apenas um povo fraco irá desaparecer.”⁴⁴ Se afastar da política convida à aniquilação: ansiar por um afastamento da política é ansiar pela morte.

⁴⁰ Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, adopted by the 25th International Conference of the Red Cross, Génova, 23-31 outubro 1986. Artigo 5(2)(c) e (g) (obrigando a CICV a “trabalhar para a aplicação fiel do direito humanitário internacional aplicável em conflitos armados e [...] preparar qualquer desenvolvimento que disso decorrer”). Vide SANDOZ, Yvez. The International Committee of the Red Cross as guardian of international humanitarian law. **ICRC Resource Centre**. 31 de dez 1998. Disponível em: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm> (descrevendo a função de “anjo da guarda” da CICV para “proteger o próprio Direito daqueles que podem prejudicá-lo ou enfraquecê-lo”).

⁴¹ SCHMITT, vide nota 17, pg. 67.

⁴² *Veja id.* pg. 69, 80, e 89.

⁴³ *Id.* pg. 51.

⁴⁴ *Id.* pg. 53.

Uma ideia adicional, não muito clara em *O Conceito do Político*, aparece em alguns trabalhos posteriores de Schmitt, particularmente em palestras sobre o que hoje é chamado de terrorismo, *Teoria do Partisan*, e em seu livro sobre direito internacional, publicado em 1959, *O Nomos da Terra*. Seria um erro pensar que Schmitt rejeita a ideia de as leis regerem a guerra, ou, nesse caso, que ele idealiza a guerra e rejeita as limitações humanitárias. Ao contrário, ele acredita que a habilidade de *bracketing*⁴⁵ – limitar a guerra de acordo com os princípios *jus in bello* da imunidade do não combatente e evitar sofrimentos desnecessários – é uma conquista historicamente incidental do direito público europeu, antes restrita a soberanos que tratavam a guerra como um duelo entre cavalheiros. O *jus publicum Europaeum* entrou em colapso com a ascensão da América, o advento do poder aéreo que não respeita território e soldados, que não pertence a um Estado, e que impiedosamente faz uma guerra absoluta. Com isso desabou a possibilidade de uma guerra moderada.⁴⁶

Nesse ponto, todas as partes da discussão estão em seus devidos lugares. Um mundo dividido entre amigos e inimigos preso a um conflito existencial com matanças reais, não metafóricas, como o seu permanente plano de fundo. Uma crítica ao “humanitarismo” como artimanha política. Um desprezo aos liberais por sua fraqueza e falha ao reconhecer os conflitos mortais como o destino do homem. Um constante ceticismo em relação a argumentos neutros, apolíticos, de qualquer tipo, incluindo argumentos legais. Uma insistência em que as leis do conflito armado, particularmente as leis que protegem os civis, dependem da reciprocidade entre Estados, pertencendo à clássica ordem do direito público europeu e que a guerra contra terroristas não pode ter limites. Schmitt inventou a crítica ao *lawfare*.

III - Schmitt, Strauss e a Questão da Influência

Carl Schmitt teve alguma real influência nos críticos ao *lawfare* contemporâneos? Eu não sei responder isso – você teria de perguntar a eles. Por si só, a proposta parece pouco provável: Schmitt mal foi discutido fora dos círculos acadêmicos e mesmo em tais círculos foi pouco discutido, até a metade da década de 2000. A edição atual de *O Conceito do Político* apareceu em 2007; seu influente *Teologia Política* não foi impresso em inglês antes de sua

⁴⁵ Nota do Tradutor: a palavra “bracketing” utilizada pelo autor no artigo em inglês tem o sentido de se frear uma guerra, limitando-a para que não se torne uma guerra de aniquilação. Entende-se que a tradução “moderar” encaixa-se melhor no sentido do texto.

⁴⁶ *Bracketed warfare*

nova edição em 2006 e as traduções para o inglês da maioria dos livros de Schmitt só apareceram após 2005.⁴⁷ Uma pesquisa no Lexis revelou 5 referências feitas a Schmitt em artigos científicos entre 1980 e 1990; 114 entre 1990 e 2000 e 420 desde 2000, com quase o dobro nos cinco anos seguintes.

Uma possível conexão com Leo Strauss é percebida em 2005 por Scott Horton⁴⁸. O artigo escrito por Strauss em sua juventude sobre *O Conceito do Político* foi incluído na edição em inglês do livro.⁴⁹ Strauss aplaudiu a crítica de Schmitt ao liberalismo entusiasticamente e sua única crítica a Schmitt foi a de ele ter mascarado o tamanho de sua náusea (palavras de Strauss) quanto ao pacifismo e ao liberalismo, e ter evitado seguir a sua própria discussão até a inevitável conclusão de que os ideais humanitários não são apenas irreais, mas imorais e devem ser combatidos.⁵⁰ O artigo de Strauss exige um Schmitt menos gentil, menos bondoso – pode-se dizer que o artigo de Strauss é um Schmitt sem um lado humanitário. Strauss, diferentemente de Schmitt, tem tido uma poderosa e duradoura influência na política norte americana, principalmente porque muitos Straussianos têm ocupado posições no governo, no jornalismo e no movimento neoconservador.⁵¹ Os neoconservadores estão entre os mais vigorosos críticos ao *lawfare*.

Mas eu não estou discutindo uma influência casual de Schmitt nos críticos ao *lawfare*, pois eu não posso demonstrar isso. Ao contrário, eu estou discutindo que a filosofia de Schmitt oferece a melhor fundamentação que eu encontrei sobre a crítica ao *lawfare*. Talvez seja a hora de os críticos ao *lawfare* tomarem posse do seu ancestral.

⁴⁷ Vide KENNEDY, Ellen. **Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar**. Duke University Press, 2004. MCFARLANE, Craig. **Carl Schmitt in English, Theoria**. Disponível em: <http://www.theoria.ca/research/> Acesso em: 1 de nov. 2008.

⁴⁸ Vide HORTON, **The Return of Carl Schmitt**, *supra* nota 20.

⁴⁹ SCHMITT, vide nota 17, pg. 97.

⁵⁰ Idem, vide pg. 116 (“náusea”), 119-120 (discutindo o encobrimento de Schmitt de sua crítica moral aos ideais humanitários).

⁵¹ Vide, *ex.*, ZUCKERT, Catherine H. ZUCKERT, Michael. **The Truth About Leo Strauss: political philosophy and American democracy**. The Chicago University Press, 2006; DRURY, Shadia B. **Leo Strauss and the American Right**. St. Martin’s Press, 1999; NORTON, Anne. **Leo Strauss and the Politics of American Empire**. Yale University Press, 2004. (discutindo a influência de Strauss).

IV - A Deturpação da Política por Schmitt

O que pode ser dito em resposta a Schmitt ?⁵² Uma avaliação plena da visão de Schmitt vai além do meu objetivo com este artigo. Mas eu gostaria de levantar alguns pontos que interessam especificamente ao debate sobre *lawfare*.

Começando com a insistência de Schmitt em dizer que o termo “política” é polêmico.⁵³ Implicitamente, em autorreferência, alerta-se os leitores de que o conceito de política do próprio Schmitt é polêmico. Não é neutro, objetivo, acadêmico ou filosófico. É polarizado, tendencioso e apelativo. Schmitt nos diz isso, mas ele nunca olha para si mesmo no espelho e nos diz exatamente *como* o seu conceito é formado.

A minha resposta é que embora “isso seja apenas político !” é frequentemente uma acusação, a palavra “política” tem associações positivas em nossa tradição. Aristóteles proclamou que o homem é o *zoon politikon*, o animal político e argumentou que a vida política é a melhor e mais livre vida para o homem como um ser prático.⁵⁴ Pareceria, no entanto, que os pacifistas ou humanitários que anseiam pelo fim das sangrentas polaridades entre amigos e inimigos querem destruir algo essencial aos seres humanos. Em várias partes de *O Conceito do Político*, devidamente ressaltado por Strauss, Schmitt insinua, sem realmente dizer, que mesmo que fosse possível eliminar o mortal par amigo-inimigo do mundo, isso não seria desejável. Isso diminuiria o sentido da vida humana para um mero entretenimento; a vida seria, no máximo, interessante, mas sem significado algum.⁵⁵ Strauss afirma, quanto a essas insinuações, que um mundo despolitizado seria um mundo sub-humano e insiste em que esse é o real ponto de vista de Schmitt.⁵⁶

Nós podemos ouvir em Strauss um eco do conceito do “último homem” de Nietzsche, o homem impotente, o tímido burguês – sobre quem Schmitt também fala com desprezo. Sem a política, o homem não seria o homem.⁵⁷ Ele seria um filhote domado. Schmitt não fala isso, mas insinua que: “se essa entidade (o agrupamento amigo/inimigo) desaparecesse, [...] então

⁵² Deixando de lado a sua desagradável carreira como nazista e anti-semita, as quais não são a base da crítica a seguir. Vide STRONG, nota 17, pg. ix-x; MEIER, nota 18; HOLMES, nota 18, pg. 38-39; BALAKRISHAN, s nota 18.

⁵³ Vide SCHMITT, nota 17 supracitada, pg. 31-32.

⁵⁴ ARISTÓTELES, Política. In: _____. **The Complete Works of Aristotle**, nota 10 supracitada, pg. 1987. Aristóteles afirma no começo de Política que o Estado (a polis) “procura o bem em um nível mais alto do que qualquer outra comunidade, e em um bem maior”. Idem. pg. 1986

⁵⁵ SCHMITT, nota 17 supracitada, pg. 35; STRAUSS, nota 17, pg. 53.

⁵⁶ Idem pg. 51 e 62.

⁵⁷ Ibidem. pg. 51 e 62.

a própria política desapareceria.”⁵⁸ Isso soa bastante assustador se você faz uma associação positiva e aristotélica da política, mas na verdade, a afirmação de Schmitt é apenas uma tautologia. Ele definiu o conceito de política como o agrupamento amigo/inimigo, então segundo essa definição, se esse agrupamento desaparecer, a política também desaparece. Como assim ? A única coisa que faz essa asserção soar significativa é o conjunto de associações – fora a construção amigo/inimigo de Schmitt – que nos faz pensar que a política é uma forma de comunidade e não de hostilidade, logo, a política é indispensável ao sentido da vida humana.

Dentre essas associações se encontra o lado positivo, construtivo da política, a própria base do conceito de Aristóteles, que Schmitt ignora completamente. A política, como se costuma dizer, é a arte do possível. É o meio para estruturar toda a organização humana. Civilizações pacíficas, instituições civis e tarefas fundamentais como coletar o lixo e alimentar os famintos dependem da política. É claro, perscrutando dentro da fábrica de salsichas, de cada instituição municipal mundana, como o gabinete do prefeito, revelam-se muitas politicagens desagradáveis, corridas por cargos, patrocínios e pura corrupção. Schmitt zomba do que chama de “formas banais de política, [...] todos os tipos de táticas e práticas, competições e intrigas” e os dispensa desdenhosamente como “formações parasitas e caricaturadas.”⁵⁹ O fato é que Schmitt não tem nada para dizer sobre o lado construtivo da política, nem mesmo sobre a política local e toda a sua teoria foca nos inimigos, não nos amigos. Na minha pequena comunidade, os encontros políticos debatem assuntos triviais, como fechar uma rua e dirigir o trânsito para outra. É difícil ver combates mortais, mesmo como uma remota possibilidade nesses debates e, por isso, segundo Schmitt, eles não se classificariam como política, mas como uma mera administração. No entanto, questões como essa são a base da política humana pacífica.

Eu disse que Schmitt usa a palavra “política” polemicamente – politicamente, como ele diria. Eu sugeri que a sua própria escolha da palavra “política” para descrever uma inimizade mortal é tendenciosa, ligando à inimizade mortal instituições aristotélicas e republicanas um tanto quanto estranhas a ele. Mas o ponto mais básico é o de que a crítica de Schmitt ao humanitarismo como político e polêmico é, em si, política e polêmica.

⁵⁸ Ibidem. pg. 45.

⁵⁹ Ibidem. pg. 30.

Resumidamente, a crítica do *lawfare* é o próprio *lawfare*. É autodestrutiva, pois a maneira como demonstra que o *lawfare* é ilegítimo, resulta na sua própria deslegitimação.

E quanto aos méritos da crítica de Schmitt ao humanitarismo? O argumento dele é direto: ou o humanitarismo é tíbio e apolítico, e será destruído por implacáveis atores políticos, ou o humanitarismo é uma luta que vale a pena e, nesse caso, tornou-se político, o que cria um problema ainda pior, pois as guerras travadas em nome da humanidade são as guerras mais desumanas de todas. O humanitarismo liberal é ou muito fraco ou muito selvagem.

O argumento tem um mérito óbvio. Quando Schmitt escreveu, em 1932, que as guerras contra “os que não fazem mais parte da humanidade” seriam as mais horríveis de todas, não é difícil tê-lo como um profeta de Hiroshima. O mesmo é verdade quando Schmitt escreve sobre a decisão da Liga das Nações de utilizar “sanções econômicas e corte no fornecimento de alimentos”⁶⁰, o que ele chama de um “imperialismo baseado puramente no poder econômico.”⁶¹ Schmitt não é nenhum fã da guerra – ele chama de “sinistra e louca” qualquer matança de seres humanos por qualquer outra razão que não a de afastar uma ameaça existencial.⁶² – e nem é indiferente ao sofrimento humano.

Mas o direito humanitário internacional e o direito penal não são a mesma coisa que uma guerra para acabar com todas as guerras ou intervenções militares humanitárias, então o importante alerta moral de Schmitt contra o último farisaísmo militar não se aplica.⁶³ Assim como não se aplica o “*bracketing*” de uma guerra por meio de restrições humanitárias para pressupor o desaparecimento de uma ordem no direito público europeu. O fato é que em nove anos de guerra convencional, os Estados Unidos têm restringindo significativamente a ação dos combatentes, mesmo contra inimigos que não reconhecem os deveres da reciprocidade.⁶⁴ Isso pode frustrar eventuais críticos ao *lawfare* que reclamam que os soldados americanos, que se encontram no Afeganistão, estão sendo forçados a deporem suas armas. A guerra sem aniquilação é uma decisão – Schmitt poderia chamar isso de uma decisão existencial – que, em parte, baseia-se em valores que transcendem a distinção entre amigo e inimigo. Valores liberais não são excrescências alienígenas na política, ou subterfúgios políticos, são uma parte

⁶⁰ Ibidem. pg 45.

⁶¹ Ibidem. pg. 78.

⁶² Ibidem. pg. 48.

⁶³ LUBAN, David. A Theory of Crimes Against Humanity, **Yale Journal of International Law**, 2004.

⁶⁴ Vide OSIEL, Mark. **The End of Reciprocity**. Cambridge University Press, 2009. (discutindo que existem razões além da reciprocidade para manter as normas humanitárias).

da política e, como Stephen Holmes argumentou contra com Schmitt, o liberalismo provou ser notavelmente forte, não fraco.⁶⁵ Nós poderíamos decidir abandonar o humanitarismo liberal e isso seria uma decisão política. Seria simplesmente uma escolha ruim.

Recebido: 26.06.2017

Aprovado: 15.08.2017

⁶⁵ HOLMES, *supra* nota 18, pg. 57-58. Holmes nos lembra que foram os Estados liberais que venceram a 1ª Guerra Mundial, *Id.* pg. 48.