

O DIREITO DE UM ESTADO CONTRA *UM INIMIGO INJUSTO* NÃO TEM LIMITES

THERE ARE NO LIMITS TO THE RIGHTS OF A STATE AGAINST AN *UNJUST ENEMY*

DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA¹
(UFSC/CNPq - Brasil)

CLÁUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA²
(UFSC/Brasil)

RESUMO

Schmitt sustentou que a moderna desconexão entre a guerra justa e a justa causa para a guerra implicou um avanço na racionalização jurídica das guerras no âmbito do direito internacional público. Nesse particular, a análise que Schmitt faz de Kant questiona a adesão do filósofo a essa tese da modernidade. Para ele, o Kant maduro acabou por reverberar as teses da justa causa para a guerra mediante o seu conceito de inimigo injusto da RL.³ O presente texto defende a interpretação de Williams segundo a qual Kant teria não só abandonado a justa causa para a guerra, como teria abandonado a própria noção de guerra justa, visto tal noção estar em descompasso com o direito internacional público.

Palavras-chave: Cosmopolitismo; Kant; Habermas; Inimigo injusto; Paz; Guerra.

ABSTRACT

Schmitt argued that modern European international law separated just war, and the just cause for war. This separation has implied a progress in the legal rationalization of wars. Concerning Kant, Schmitt's analysis questions the philosopher's adherence to this modern thesis. For him, the mature Kant ended up by reverberating the just cause for wars in his RL, because of the concept of unjust enemy. The present text aims to defend Williams' interpretation that Kant not only abandoned the just cause for war, but also abandoned the notion of just war.

Keywords: Cosmopolitanism; Kant; Habermas; Unjust enemy; Peace; War.

Habermas: Kant duzentos anos depois

Nos duzentos anos de *A paz*, 1995, Habermas publicou o texto *A ideia kantiana de paz perpétua: à distância história de duzentos anos*. Nele, Habermas leva a sério a argumentação de Schmitt contra Kant, tanto que dedica as duas partes finais do seu texto a uma tentativa de resposta a Schmitt. Habermas registra o diagnóstico schmittiano de que o discurso dos direitos humanos nas relações internacionais seria uma hipocrisia, um

instrumento ideológico nas mãos das potências mundiais. O cosmopolitismo com base nos direitos humanos teria levado a um pan-intervencionismo, que por sua vez conduziu a uma pancriminalização da guerra, o que acabou por perverter o objetivo da paz ao qual pretendia servir (HABERMAS, 2004, p. 220). Ao final, apontar-se-á para a resposta de Habermas.

No seu texto sobre Kant, Habermas admite haver coerência entre a teoria sobre a paz que Kant propôs e a realidade de seu tempo: "A paz, dessa maneira, é circunscrita da mesma maneira que a própria guerra" (HABERMAS, 2004, p. 195). A guerra, à época, era feita com os dispositivos tecnológicos então disponíveis, o que dava a ela contornos mais definidos. Para um tal contexto, o direito internacional público, com base na soberania dos Estados, tinha pedigree suficiente para manter a paz. Seria por esse motivo que o direito internacional público pôde se deter no *jus in bello*, abrindo mão do *jus ad bellum*, de tal modo que "Crimes de guerra são crimes cometidos *na guerra*" (HABERMAS, 2004, p. 196).

Como se verá, no diagnóstico de Schmitt, a circunscrição da guerra ao espaço territorial dos Estados europeus foi o que justamente permitiu que se abrisse mão do *jus ad bellum* no sentido da *justa causa* para a guerra.⁴ No entanto, para Habermas, houve um alargamento do conceito de guerra (HABERMAS, 2004, p. 220) devido, em grande parte, ao aparato tecnológico disponível, de tal forma que, no século XX, a guerra de agressão acabou por se tornar um crime, e, nesse sentido, não por más razões.

Kant e a federação de Estados

Em *Ideia*, o texto de 1784, Kant parece defender um poder unificado mundial:

sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos [*Völkerbund*], onde cada Estado, inclusive o mais pequeno, poderia aguardar a sua segurança e o seu direito, não do seu próprio poder ou da própria decisão jurídica, mas apenas dessa grande federação de nações [*Völkerbund*] (*Foedus Amphictyonum*), de uma potência [*Macht*] unificada e da decisão segundo leis da vontade unida (IaG, AA 08: 24).

Em suas próprias palavras, tratar-se-ia de "um estado de *cidadania mundial* [*ein allgemeiner weltbürgerlicher Zustand*] como o seio em que se desenvolverão todas as disposições originárias do gênero humano" (IaG, AA 08: 28). No mesmo sentido, em TP, 1793, ele aponta para um direito das gentes (*Völkerrecht*) e um Estado universal dos povos (*allgemeinen Völkerstaat*) (TP, AA 08: 312-3).

No entanto, em *A paz*, 1795, Kant parece mudar sua posição, já que afirma: "Isto seria uma federação de povos que, no entanto, não deveria ser um Estado de povos".⁵ Há diversas razões que poderiam ser alavancadas para essa recusa de um Estado mundial. A primeira é que Kant detecta uma contradição entre buscar uma relação entre povos e defender um Estado mundial, que pareceria implicar uma fusão dos povos em um único povo (ZeF, AA 08: 354). A segunda razão é que Kant dispensa a analogia com a saída do estado de natureza para os seres humanos, seja porque os Estados já teriam uma Constituição jurídica interna (ZeF, AA 08: 355-6), seja porque o que seria correto em tese, segundo a razão, não corresponderia à concepção do direito internacional público que os humanos praticariam (ZeF, AA 08: 357). A terceira razão diria respeito às possíveis consequências que adviriam de um Estado mundial, a julgar se seriam consequências necessárias ou não, como a condução a uma monarquia universal, visto que o governo, pelo simples fato da sua extensão mundial, perderia o seu vigor, o que conduziria a um despotismo sem alma, pois eliminaria as sementes do bem, tendo como desfecho a anarquia.⁶

Seja como for, no caso de Kant, o desenho da ordem cosmopolita ou do *ius cosmopolitanum* deteve-se na concepção de uma federação de Estados, ainda que antes do texto de *A paz* de 1795 Kant tivesse tergiversado com algo mais musculado, um poder unificado dos povos. Por isso é que, nas palavras de Habermas, Kant distinguiria uma federação de nações (*Völkerbund*) de um Estado de povos (*Völkerstaat*) (ZeF, AA 08: 357; HABERMAS, 1997, p. 196). Desse modo, para Habermas, ao final, os vínculos entre os Estados federados seriam morais, não jurídicos, e poderiam, no máximo, contar com a contribuição favorável da filosofia da história que, pelos males da guerra, acabaria por conduzir os seres humanos à paz.

Por certo, a razão ordena o fim das guerras como meio de os Estados resolverem suas contendas e, portanto, ordena a busca da paz: "[...] a razão, do trono do máximo poder legislativo moral, condena a guerra como via jurídica e faz, em contrapartida, do estado de paz um dever imediato [...]" (ZeF, AA 08: 356). Não obstante, a razão não consegue dizer qual seria o meio preciso de se conseguir isso. Em tese, pareceria ser necessária a formação de um Estado mundial, mas isso não é absolutamente claro no contexto da obra de Kant, de tal modo que há vantagens e desvantagens a serem calculadas. Ao final, o próprio Kant teria optado por uma via mais fraca, aquela de uma federação de Estados, ao que parece, por estar mais em acordo com a prática do direito internacional público.

É ainda em *A paz*, p. 346, que é recusada a tese do inimigo injusto, tese esta que ele dá indícios de a retomar dois anos mais tarde na RL, 1797,

§60, parágrafo este que se apresenta em descompasso com os anteriores, como o §57, ilustrativo precisamente do direito na guerra despido da tese do inimigo injusto. Afirma Kant neste último parágrafo:

Nenhuma guerra entre Estados independentes pode ser uma *guerra punitiva (bellum punitivum)*, pois a punição somente se dá na relação de um superior (*imperantis*) com o súdito (*subditum*), relação que não é a dos Estados entre si, – mas também não pode ser nem uma *guerra de extermínio (bellum internecivum)* nem uma *guerra de subjugação (bellum subjugatorium)*, que seria a extinção moral de um Estado (cujo povo então se funde em uma massa com o povo do vencedor ou cai na servidão) (RL, AA 06: 347).

Neste mesmo §57 Kant parece indicar que no direito de um Estado tudo estaria permitido.⁷ No entanto, em contraposição a isso, no mesmo parágrafo, ele registra: o "direito das gentes acarreta meramente o conceito de um antagonismo segundo princípios da liberdade externa". Formulações desse jaez, como bem pontua *A paz* na p. 346, seriam implicações práticas da recusa da tese do inimigo injusto.

A tese schmittiana da guerra justa e as tensões entre o jurista Kant e o filósofo Kant

De acordo com Schmitt, o recuo de Kant em relação a um poder mundial, em conjunção com a recusa da tese do inimigo injusto, tê-lo-ia posto em consonância com a modernidade. Como defende Schmitt, o direito internacional público moderno adveio da desintegração da ordem espacial cristã medieval (SCHMITT, 2006, p. 56). Tal ordem distinguira as guerras entre os cristãos e as guerras contra os não cristãos. No primeiro caso, seriam guerras limitadas [*Fürsten umhegte Kriege*], (SCHMITT, 1974, p. 28) podendo ser justas ou injustas. No segundo caso, contra os não cristãos, as guerras eram *eo ipso* sempre justas e mesmo santas. No primeiro caso, as guerras eram limitadas, pois não desafiavam a unidade da república cristã, já que se tratava de disputas dentro de um mesmo contexto normativo, o cristão, o que permitia, também, dar alguma precisão às noções de justiça e injustiça para a guerra.

Seja como for, houve um longo processo de formação de uma ordem espacial na qual a propriedade da terra se tornou fundamental, passando pela migração (SCHMITT, 2006, p. 57) - não invasão - dos povos do norte da Europa e pela justificação da apropriação das terras das Américas. A justificação da fundamentalidade da apropriação da terra para o direito é,

inclusive, remetida a Kant (SCHMITT, 2006, p. 46). Com efeito, segundo Kant,

Uma vez que a terra é a condição suprema, sob a qual tão-somente é possível ter coisas externas como o seu, cuja posse e uso possíveis constituem o primeiro direito adquirível, assim todo esse direito terá de ser derivado do soberano, como *senhor da terra*, ou melhor, como proprietário supremo (*dominus territorii*) (RL, AA 08: 323).

Em conjunção com a aceitação da apropriação da terra, a guerra se tornou um meio legalizado de mudança dessa situação espacial do solo, com isso, teria havido uma racionalização, humanização e legalização, ou seja uma limitação da guerra, no sentido de que ela teria se encolhido a uma relação militar entre Estados (SCHMITT, 2006, p. 100). Ao final do período medieval, a noção de justa causa para a guerra tinha sido reprimida de forma notável (SCHMITT, 2006, p. 120). As relações internacionais passaram, então, a ser baseadas na noção de *justus hostis*. Em tal cenário, toda guerra entre Estados passou a ser considerada legítima. Os argumentos morais e teológicos foram separados dos jurídico-políticos, assim como os da *justa causa* se divorciariam do *justus hostis*. Mais importante, este último foi distinguido do criminoso (SCHMITT, 2006, p. 121). O inimigo deixou de ser considerado mau ou criminoso. Ele não passaria de um inimigo justo.

Em termos teóricos, Bodin, 1576, teria sido o fundador desse conceito de *guerra não discriminatória* entre Estados. (SCHMITT, 2006, p. 152). Lá pelo final do séc. XVI, de acordo com Schmitt, já estaria bem consolidada a distinção entre a *guerra justa* [*bellum justum*] e a *justa causa para a guerra* [*justa causa belli*]. Para ele, *justum bellum* é uma guerra que ocorre entre *justi hostes*. Justo, no caso, significa impecável [*einwandfrei*], perfeito no sentido da justiça formal [*Formgerechten*], assim como quando se fala de um *justum matrimonium* (SCHMITT, 2006, p. 124). Com isso, um conceito *não discriminatório* de guerra baseado na paridade dos contendores foi desenvolvido, sendo o inimigo justo reconhecido de ambos os lados. Inimigos seriam sempre justos, diferentemente de ladrões, piratas e rebeldes, que não comporiam o quadro dos inimigos, mas dos criminosos (SCHMITT, 2006, p. 153). A *distinção* entre inimigos criminosos e não criminosos seria o contraponto do desenvolvimento da moderna teoria da guerra, que ressuscitaria o conceito medieval da doutrina da guerra justa, porém sem o seu complemento da doutrina cristã da guerra (SCHMITT, 2006, p. 321).

Nesse novo cenário da modernidade, primeiro, a guerra deixa de ser considerada moralmente e passa a ser considerada juridicamente, com isso, extirpa-se da causa justa a justiça substantiva, restando a característica formal da soberania como *summa potestas*. Segundo, o conceito de guerra justa é formalizado no conceito de inimigo justo, o qual é reorientado para o conceito de *justus hostis*, a saber, qualquer Estado soberano, independentemente de a causa ser justa ou não. A consequência foi uma paridade *não discriminatória* entre os Estados soberanos, pois todos eles, tão somente pelo fato de serem um Estado, contariam *eo ipso* como um *justus hostis*. Terceiro, a justiça ou injustiça passa a ser determinada pelo Estado soberano. Finalmente, tudo isso é temperado pelo relativismo e agnosticismo em relação à justiça (SCHMITT, 2006, p. 154). Deveras, Schmitt não entende que a teoria da justa causa para a guerra tenha sido substituída, na modernidade, somente porque surgiram os Estados soberanos. Sim, também isso, provavelmente. Sem embargo, e de forma mais fundamental, o seu ponto é que a justa causa para a guerra sempre foi de difícil aplicação, o que ele detecta já em Santo Agostinho e Santo Tomás. Isso conduziu, durante o renascimento, a um certo ceticismo e agnosticismo em relação à determinação de qual causa seria justa. Com a consolidação dos Estados soberanos, estes passaram a decidir sobre a justiça da guerra (SCHMITT, 2006, p. 155-6). Desse modo, o jurídico passou a ser sinônimo de formalidade e procedimento, não de substância.⁸ Por derradeiro, tais mudanças permitiram, outrossim, a neutralidade na guerra, pois com a dessubstancialização da justiça da causa se tornou possível considerar os dois Estados como sendo justos e, em razão disso, manter a neutralidade (SCHMITT, 2006, p. 165). O princípio da igualdade jurídica entre os Estados tornou muito difícil distinguir aqueles Estados que visariam uma guerra justa e aqueles que visariam uma guerra injusta, visto que implicaria tornar um soberano juiz do outro (SCHMITT, 2006, p. 167). A bem da verdade, todos sendo iguais tornou-se possível, por um lado, a neutralidade, e, por outro lado, tomar partido nas guerras. Isso acabou por conduzir a guerras comuns em razão de interesses comuns (SCHMITT, 2006, p. 168). Westfália, 1648, seria, portanto, icônico de uma tal evolução da guerra na Europa. Dito de outro modo, essas formulações acabaram por consolidar uma estrutura firme de vínculos entre os soberanos como membros de um sistema espacial equilibrado que beneficiava a todos (SCHMITT, 2006, p. 166). Vale anotar que a velha distinção entre povo [nação] e Estado continuou viva. Não obstante, já no final do século XVIII Vattel ofertará a formulação exata dessa evolução: "La 1ère Règle de ce Droit, dans la matière dont nous traitons, est que *la Guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part & d'autre*. [...] 2ème

Règle: Le Droit étant réputé égal entre deux Ennemis, *tout ce qui est permis à l'un, en vertu de l'état de Guerre, est aussi permis à l'autre*" (VATTEL, 1758, §190-191). Com a despedida da justa causa para a guerra todas as guerras se tornam formalmente justas.

Para Schmitt, primeiro, matar e, portanto, guerrear, são atos existenciais que não se justificam moralmente (SLOMP, 2006, p. 436)⁹; segundo, não há como sustentar ambos os pontos, a justa causa para a guerra e o *jus in bello*, como bem atesta a comentadora:

Schmitt's main contention is that, by acknowledging that the waging of war was not a crime but a legitimate state activity, *jus publicum europaeum* was able to regulate war by means of *jus in bello*. [...] There is a causal relationship (of the typical post hoc ergo propter hoc variety) between these two phenomena, that is, it was because the notion of *justa causa* of war had been abandoned by *jus publicum europaeum* that proper attention could be paid to combatants' conduct during war and hence *jus in bello* developed (SLOMP, 2006, p. 440).

No diagnóstico de Schmitt, o Tratado de Versailles de 1919 teria sido sintomático da crise do direito internacional público europeu precisamente pela renovação da teoria da justa causa para a guerra. Na mesma direção, segundo Slomp, caminhou a avaliação schmittiana do marxismo:

In addition to the above justification for war, in 1932 Schmitt identified the ideas of Marx, as well as Lenin's 'annihilating sentences against bourgeois and western capitalism', as being ideologies of just war [...] Schmitt also stresses the roles of Leninism and Maoism in the revival of the notion of just war after the Second World War and in fomenting civil and revolutionary wars throughout the globe (SLOMP, 2006, p. 443).

É nesse ponto do seu argumento que entra em cena a discussão com Kant. A sua tese é que Kant mostra uma dupla face, por um lado, um filho da modernidade que adentra na determinação jurídica da guerra, por outro lado, reaparece no seu texto a tese do inimigo injusto (SCHMITT, 2006, p. 168-9). O título do presente estudo é exatamente a assertiva de Kant sobre o inimigo injusto no início do §60 da RL: "O direito de um Estado contra um *inimigo injusto* não tem limites". Para Schmitt, Kant não se detém na tese do *justus hostis*. Ele avança em direção ao *hostis injustus*, contra o qual a guerra seria mais do que uma guerra justa, seria uma cruzada, já que ele seria mais do que um criminoso, seria o perpetuador do estado de natureza

(SCHMITT, 2006, p. 169). Contudo, registra Schmitt, Kant estabelece limites às ações que poderiam ser tomadas contra os Estados, por exemplo, eles não poderiam ser extintos e seu território dividido. Não, o que se poderia fazer seria forçá-los a adotar uma nova Constituição mais favorável à paz, o que se coadunaria com a tese do *justus hostis*. Por isso, soa estranha essa tese do *hostis injustus*, já que um traço essencial do jurídico seria a consideração das ações, não das pessoas, de modo que, na análise de Schmitt, o conceito de inimigo injusto indicaria a recobrada por Kant da precedente doutrina da causa justa da guerra, cujo foco não é o ato [*Tat*], mas o autor do ato, o seu perpetrador [*Täter*] (SCHMITT, 1974, p. 142). Um inimigo injusto acabará sendo visto como um criminoso (SCHMITT, 2006, p. 171). A tese de Schmitt é a de que Kant não oferta um tratamento jurídico da tese do *hostis injustus*, pois, se tivesse avançado no sentido das suas implicações jurídicas, mormente a criminalização da guerra, não poderia dar conta das limitações que ele próprio tentou impor às possíveis consequências que tal conceito importaria para a guerra, em face do poder *discriminatório* desse conceito, o qual seria muito mais profundo do que aqueles da guerra justa e da justa causa para a guerra. Portanto, os limites pensados por Kant teriam sido concebidos pelo filósofo e eticista Kant, não pelo jurista Kant. Ademais, a definição kantiana do inimigo injusto não instanciaría, de acordo com Schmitt, o conceito moderno de *agression* ou *crime d'attaque*, cujo pedigree jurídico é inquestionável, o que tornaria Kant mais próximo do teólogo do que do jurista. Ao final, Schmitt acusa a Kant de destruir, em nome de uma ética filosófica, o trabalho dos juristas que construíram o conceito de *justus hostis* (SCHMITT, 2006, p. 171).

Ao final das contas, Schmitt vê em Kant aquele que pôs em cena o conceito de *hostis injustus*, cujas consequências jurídicas foram evitadas pelo Kant filósofo e eticista. Não obstante, o século XX (SCHMITT, 2006, p. 168) teria evidenciado precisamente o pleno desenvolvimento jurídico de tal conceito: se o inimigo é injusto, então ele é um criminoso, com o que se pôde, finalmente, caminhar em direção à criminalização da guerra. Para Schmitt, a tese do inimigo injusto de Kant teria pavimentado, no século XX, o caminho para guerras *discriminatórias* contra os inimigos da humanidade.

Kant como crítico da guerra justa

Nas duas obras mais importantes de Kant sobre a guerra parece haver arestas a serem aparadas. Na RL vislumbra-se mais uma argumentação no sentido do estado de natureza, por isso, alavanca uma defesa do direito à guerra; já, em *A paz*, há uma argumentação mais na direção do direito internacional público que deveria ser reformulado no sentido de um contrato

social internacional em uma confederação da paz (WILLIAM, 2012, p. 100; 110). Sob aquele viés, um autor como Scruton pôde tentar defender a guerra contra o Iraque com argumentos kantianos (WILLIAM, 2012, p. 116). Sob este último viés, Kant parece ter detectado uma incompatibilidade, não só entre a teoria da justa causa para a guerra, como também entre a teoria da guerra justa e o direito internacional, cuja principal finalidade seria resolver as controvérsias de forma pacífica. Sob este último viés, qualquer tipo de justificativa para a guerra, ainda que fosse aquela do estado de natureza, implicaria sempre a consideração de sua possibilidade como alternativa de os países resolverem seus conflitos (WILLIAM, 2012, p. 116), até porque não haveria como julgar imparcialmente a questão em disputa (WILLIAM, 2012, p. 117). Não por outra razão é que os autores modernos da *disjunção* entre a *teoria da justa causa* para a guerra e a *teoria da guerra justa*, Grotius, Pufendorf, Vattel, são apresentados em *A paz* como consoladores incômodos [*lauter leidige Tröster*], pois, segundo Kant:

a palavra direito nunca viria à boca dos Estados que se querem guerrear entre si, a não ser para com ela praticarem a ironia como aquele príncipe gaulês, que afirmava: 'A vantagem que a natureza deu ao forte sobre o fraco é que este deve obedecer àquele.' [...] o modo como os Estados perseguem o seu direito nunca pode ser, como num tribunal externo, o processo, mas apenas a guerra, e porque o direito não se pode decidir por meio dela nem pelo seu resultado favorável, a vitória (ZeF, AA 08: 355).

O modelo destes autores era muito semelhante àquele de Hobbes baseado no direito do estado de natureza, um argumento que Kant parece realmente desfilas na RL.

Em contraponto a Schmitt, Williams apostrofa que Kant não defende o conceito de inimigo injusto. Na verdade, para o comentador, Kant teria feito um uso irônico de tal conceito:

Schmitt seems not to have grasped the irony that is part and parcel of Kant's treatment of the 'unjust enemy'. It is not at all clear that Kant brings up the concept as a prelude to identifying such possible unjust enemies; indeed I think it is more likely that Kant deploys the concept with the view to showing its difficulties and inapplicability to international politics as it is constituted in its Westphalian, sovereign state form. Kant is interrogating the concept of *justis hostis* as he finds it in the international law of his day and juxtaposes it

with the 'unjust enemy' with a view to bringing out the paradoxes and limitations of that law (WILLIAM, 2012, p. 104).

O comentador tenta retirar uma consequência diversa daquela de Schmitt. Como visto, para Schmitt, a preponderância do poder soberano estatal implicou o abandono da justa causa para a guerra e a sua substituição por processos jurídicos formais, com isso, todas as guerras se tornaram justas formalmente. Com esse passo da racionalização moderna que deixou para trás o espectro da justa causa para a guerra, a inimizade se tornou propriamente política, em claro contraponto à moral e à teologia. Tal desiderato teria implicado o enfraquecimento da inimizade, visto que o inimigo deixou de ser caracterizado em termos morais como mau e também como um criminoso. Para Williams, não. É justamente a soberania absoluta dos Estados que seria incapaz de conter a declaração do inimigo injusto e seu combate até o aniquilamento:

It is only because states are largely in a condition of nature in relation to one another (and so in a continuous condition of potential hostility) that the odd idea of an unjust enemy can possibly gain purchase. [...]. The possibility of an unjust enemy arises where one or more state(s) or their leaders refuse to recognize the normal minimal restraints on the declaration of war. The unjust enemy is prepared to go beyond the usual latitude permitted to states in the use of force (WILLIAM, 2012, p. 104).

De tal forma que, explica Williams, "Kant's doubts about the applicability of the concept of an 'unjust enemy' lie at the heart of his objection to just war theory. Here the continuity between *Perpetual Peace* and the Doctrine of Right could not be more evident" (WILLIAM, 2012, p. 105). A conclusão do comentador é que, "Both Carl Schmitt and Kant then are critical of just war theory as it derives from medieval international law (Aquinas) and is evidenced in modern international law, but they are critics from opposed perspectives" (WILLIAM, 2012, p. 105-6). Para aquele, a guerra ou a sua possibilidade, seria natural entre os Estados. Kant, por seu turno, teria combatido essa pretensa natureza belicosa das relações internacionais. Para Kant, a dicção de tal caráter natural, como se fosse inevitável, não só ultrapassaria os limites da razão, como pôr-se-ia contra os fins morais da razão prática pura que ordena a busca da paz.

A bem da verdade, o comentador merece emenda. Schmitt é mais um crítico da *justa causa* para a guerra do que um crítico da *guerra justa*, ao

passo que Kant, ao menos o Kant de *A paz*, parece ter sido um crítico bastante radicalizado da noção mesma de guerra justa: "Kant rules out just war notions because no state leader is in a position to judge what ultimately is right" (WILLIAM, 2012, p. 117). Azado, portanto, afirmar que, para Schmitt, toda guerra seria justa, como dito, ao menos formalmente, ao passo que, para Kant, toda guerra seria não propriamente injusta, já que o estado de natureza não poderia ser declarado injusto, mas seria interdita pelo trono da razão que a condenaria como via legítima para vindicar os próprios direitos (ZeF, AA 08: 356). Isso residiria no coração mesmo da proposta kantiana da federação de Estados: "Esta federação não se propõe obter o poder do Estado, mas simplesmente manter e garantir a paz de um Estado para si mesmo e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso (como os homens no estado de natureza) submeter-se a leis públicas e à sua coação" (ZeF, AA 08: 356). O objetivo de tal federação, apostrofa Kant, não seria o de fazer a guerra, mas o de assegurar "[...] o estado de liberdade dos Estados conforme à ideia do direito das gentes e estendendo-se sempre mais mediante outras uniões" (ZeF, AA 08: 356).

Disso decorre, também, que não se poderia fazer intervenções preventivas em outro Estado, como pensou Scruton (WILLIAM, 2012, p. 134), nem intervenções humanitárias, como defendeu Habermas. Como bem aponta Williams, Kant só autorizaria intervenção em casos de guerra civil, quando não houvesse mais um soberano, e isso com o fito de estabelecer um soberano (WILLIAM, 2012, p. 133, 135, 168). Simplesmente intervir seria um caso de paternalismo, para o comentador (WILLIAM, 2012, p. 118). É preciso ter paciência e esperar que o povo crie a guerra civil. Kant apreciou a revolução francesa, mas nunca defendeu intervir nela (WILLIAM, 2012, p. 121). Nesse sentido, faltaria a um autor como Habermas a paciência da história (WILLIAM, 2012, p. 135).

Contra a interpretação que Schmitt faz de Kant como sendo um universalista cosmopolita, poder-se-ia objetar que Kant realmente foi um defensor até exagerado das soberanias estatais. Certo, a definição schmittiana do político é antiuniversalista, já que se baseia no conceito de inimidade, o que implica uma parte contra a outra. Ademais, o *nomos* da terra, a sua lei, sempre está conectado a um pedaço de solo, o qual é a base espacial de qualquer sistema jurídico. Esse ponto da espacialidade territorial é outro elemento não cosmopolita (MONOD, 2013, p. 150). Não obstante, Kant, o universalista dos direitos humanos, ao final, não defendeu um Estado mundial, mas uma federação de Estados (MONOD, 2013, p. 153). Neste ponto, ele parece respeitar as soberanias estatais como elemento intransponível das relações internacionais. Aliás, Kant, mais do

que substituir o modelo hobbessiano de direito internacional, quis foi reformulá-lo para conseguir a paz também no âmbito internacional (WILLIAM, 2012, p. 119). Na questão da intervenção em assuntos internos de outro Estado, Kant estaria ainda mais em acordo com Hobbes (WILLIAM, 2012, p. 120).

Em suma, o cosmopolitismo de Kant é temperado, fraco. Ele é fraco tanto no que concerne às relações entre os Estados, já que Kant não abdica da formulação hobbesiana de um direito internacional público que concebe os Estados em estado de natureza, quanto é fraco em relação aos direitos cosmopolitas que concede aos homens. Neste último particular, nos termos da p. 358 de *A paz*, o fundamento kantiano do direito cosmopolita de visita, qual seja, o "direito da propriedade comum da superfície da Terra", em conjunção com a negativa de alguém ter mais direito de estar em um lugar da terra do que em outro ["originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra"] parece desafiar mais as fronteiras estabelecidas pelo direito internacional público do que o admitido por Kant, que restringe tal direito à visita, não a ser um hóspede, ainda que, para ele, um Estado não possa recusar a entrada de alguém em seu território, se disso puder resultar a morte do estrangeiro, supostamente, pela situação de seu próprio país. Sem contar que a concepção kantiana de direitos humanos [*öffentlichen Menschenrechte*] poderia ter avançado para uma positivação maior do que aquela restrita a complemento de um código não escrito (ZeF, AA 08: 360).

Que a causa justa para a guerra e a própria guerra justa seja despotencializada de uma normatividade musculada e caia no limbo daquilo a que não se aplica a justiça, talvez, mostre-se pelo seguinte aspecto da filosofia kantiana: ao tratar da declaração de guerra, é um dos poucos momentos em que Kant tergiversa com uma democracia direta (WILLIAM, 2012, p. 109), afinal, Kant parece querer dizer que a declaração da guerra deveria ser perguntada a todos os cidadãos (WILLIAM, 2012, p. 108). Mais que isso, Kant admite francamente motivos interessados dos cidadãos no sentido do medo das consequências da guerra. Com isso, ele desloca o acento do primeiro para o terceiro termo da tradicional doutrina da guerra justa, qual seja, aquele da autoridade (WILLIAM, 2012, p. 108). Somente assim se poderia aportar alguma legitimidade à guerra, mas nunca justiça (WILLIAM, 2012, p. 100).

Da análise do estado de natureza entre os Estados, Schmitt tira a consequência que toda guerra está protegida pelo manto da justiça, independentemente da justiça da causa para a guerra, já, Kant retira a consequência de que, então, nenhuma guerra seria justa ou injusta, visto

que o discurso da justiça aplicado à guerra seria apenas um consolo incômodo.

Habermas: direitos humanos são direitos morais?

Há pelo menos duas alternativas para a defesa de Kant a respeito da tese do inimigo injusto. Uma é a que recusa a tese de Schmitt, como defendido por Williams. A interpretação de Williams faz parecer como se, para Kant, a crítica da doutrina da guerra justa devesse progredir até um direito internacional público de natureza contratual. Diferentemente de Schmitt, para quem o fortalecimento de tais soberanias seria a garantia contra a tese do inimigo injusto e a realização formal da guerra justa, para Kant, contudo, o apelo à noção de justiça, ainda que fosse a justiça imprópria do estado de natureza, seria precisamente a situação que abriria espaço para um direito sempre justo à guerra, como defendido pelos autores que ele epitetiza de consoladores incômodos, o que abriria espaço para a ressurgência constante do inimigo injusto. Nesse particular, a resposta de Kant teria sido precisamente apostar no direito internacional público na direção de uma federação de Estados.

A outra alternativa é aquela de Habermas e de Benhabib que acompanham o diagnóstico de Schmitt. Com efeito, Benhabib parece aceitar que o confuso conceito kantiano de inimigo injusto anteciparia de alguma forma o diagnóstico de Schmitt em relação à política internacional liberal que caminhou na direção da introdução nas relações internacionais dos conceitos de crimes de guerra, de crimes contra a humanidade, e das consequentes guerras *discriminatórias*, ou seja, guerras justas e injustas. Isso poderia ser palatável porque, ao final, Kant teria mantido determinações muito fortes em relação ao inimigo injusto, já que, nos termos da RL, poder-se-ia promover uma guerra "[...] para fazê-lo [o inimigo injusto] adotar uma nova constituição, de natureza desfavorável à tendência para a guerra" (RL, AA 06: 349). Como bem destaca a comentadora:

Schmitt is not wrong then in seeing in Kant's text the beginnings of a vision of a liberal world order within which the range of regimes that would be considered legitimate is narrowed to those that would respect the laws of nations, defined through the principles of perpetual peace (BENHABIB, 2012, p, 698).

Habermas, por seu turno, aceita uma réstia de verdade no diagnóstico de Schmitt a respeito do cosmopolitismo com base nos direitos humanos

que, a bem da verdade, ele próprio quer defender, e ensaia uma resposta. De acordo com Habermas, o projeto cosmopolita de Kant precisa ser reformulado na direção da defesa de uma democracia cosmopolita com vínculos jurídicos mais fortes e com base nos direitos humanos. Ora, é precisamente esse ponto que Schmitt desafia, ou seja, os direitos humanos estariam na contramão de relações jurídicas entre os Estados, pois implicariam uma moralização das relações internacionais que regurgitaria a figura da guerra injusta que não contribuiria para a paz, ao contrário, pioraria as guerras.

O ponto de Habermas contra Kant parece ter sido uma insuficiente juridicização por parte deste das relações internacionais, de tal maneira que ele reformula o cosmopolitismo de Kant em uma direção dupla, normativamente, aprofundando os vínculos com os direitos humanos e, politicamente, no sentido da juridicização que teria sido, ao final, recusada por Kant, pelo menos em um sentido mais musculado. O ponto de Schmitt é que os dois vieses não só seriam incongruentes, ou seja, direitos humanos e legalidade não combinariam, como piorariam as guerras. Habermas se vê na contingência de responder a essa objeção, até porque, como dito, ele admite um núcleo de verdade no argumento de Schmitt, o que, claro, atinge o seu próprio projeto cosmopolita com base nos direitos humanos. De fato, uma moralização sem as mediações do direito e da política conduziria ao rompimento de zonas protegidas que se quer ver asseguradas juridicamente para os sujeitos portadores de direitos. Não obstante, seria um erro defender que a moralização da política internacional poderia somente ser evitada mantendo-a livre do direito desconectado da moral (HABERMAS, 2004, p. 233), visto tal consideração obliterar fundamentalmente a questão da legitimidade, que Habermas entende em conexão com a democracia e em harmonia com princípios morais.

Ora, seria precisamente na passagem que Schmitt opera do inimigo como mau ao inimigo como criminoso que ele, para Habermas, justamente obliteraria a mediação jurídica, pois, ao passar da ceara da moral para a ceara do crime, Schmitt teria que avançar, ato contínuo, também na direção das mediações legais que o tratamento jurídico do crime imprimiria, como haver uma autoridade judicial imparcial, o devido processo legal, o contraditório, a lei prévia, etc (HABERMAS, 2004, p. 233). Mais importante que isso, o ponto central do argumento de Habermas consiste em mostrar que os direitos humanos não seriam morais por natureza, de tal forma que a sua implementação não conduziria a um fundamentalismo moral (HABERMAS, 2004, p. 234). Os direitos humanos não poderiam ser confundidos com direitos morais (HABERMAS, 2004, p. 235).¹⁰ Direitos são zonas de liberdade, não imposição de deveres: "Esse privilégio conceitual

básico de que dispõem os direitos em face dos deveres resulta da estrutura do direito coercitivo moderno, que Hobbes foi o primeiro a validar" (HABERMAS, 2004, p. 224).

Conclusão

Para finalizar, quiçá, Schmitt e Habermas, muito embora definam o que seja jurídico em traços kantianos, - já que aquele remete ao elemento da determinabilidade e da consideração das ações, em vez de ao caráter do agente, e, este apela à formulação, também kantiana que distingue o direito da moral pela externalidade das relações jurídicas, ou seja, certos aspectos da conduta que seriam franqueados para a moral, como convicções e motivos, seriam infensos a regulamentação jurídica (HABERMAS, 2004, p. 235) - , Habermas parece ter evidenciado um segundo aspecto que ele julga derradeiramente importante, a saber, o direito clama por procedimentos, o que lhe permite a conclusão:

Não se pode evitar o fundamentalismo dos direitos humanos por meio da renúncia a uma política de direitos humanos, mas apenas por meio da transformação cosmopolita da *condição natural* entre os Estados em uma *condição jurídica* entre eles (HABERMAS, 2004, p. 235).

Evidentemente, como pensar uma ordem legal não estatal é um ponto problemático para o posicionamento habermasiano, ainda mais para um neokantiano como Habermas, mesmo que isso não seja em si mesmo despedido de sentido, como mostra o último capítulo do livro de Hart a respeito do direito internacional (HART, 1994).¹¹

Considerando a tese hobbesiana segundo a qual os Estados soberanos se encontrariam em estado de natureza, Schmitt apostrofa que, então, todas as guerras seriam justas, já que baseadas no direito de cada Estado soberano usar dos meios que quiser para conseguir seus objetivos, já, Kant não vê como aplicar os conceitos de justiça e de injustiça ao que ocorre em uma tal situação. Guerras não seriam justas ou injustas. Elas seriam um meio de resolução de conflitos não permitido pelo direito internacional público, ainda que um tal direito não conte com uma instância capaz de lhe dar efetividade coercitiva. Desse modo, a proposta de Habermas de conceber um direito internacional público sem um Estado mundial se põe na linhagem da proposta kantiana para a paz.

Notas

¹ Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: djvdutra@yahoo.com.br. Orcid-iD: <https://orcid.org/0000-0002-3738-7865>.

² Professor Associado da UFSC nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. E-mail: claudioladeira@hotmail.com. Orcid-iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-512X>.

³ As referências a Kant, inclusive no que diz respeito às abreviaturas, seguem a uniformização proposta pela Kant-Studien Redaktion, disponíveis em <http://www.kant.uni-mainz.de/ks/abhandlungen.html>. As citações literais são feitas a partir das traduções para o vernáculo das referidas obras.

⁴ Três elementos compõem a teoria mais tradicional da guerra justa: a justa causa, a intensão correta e a autoridade competente.

⁵ "Dies wäre ein *Völkerbund*, der aber gleichwohl kein *Völkerstaat* sein müßte" (ZeF, AA 08: 354).

⁶ "so ist doch selbst dieser, nach der Vernunftidee, besser als die Zusammenschmelzung derselben, durch eine die andere überwachsende, und in eine Universalmonarchie übergehende Macht; weil die Gesetze mit dem vergrößerten Umfange der Regierung immer mehr an ihrem Nachdruck einbüßen, und ein seelenloser Despotismus, nachdem er die Keime des Guten ausgerottet hat, zuletzt doch in Anarchie verfällt." (ZeF, AA 08: 367).

⁷ Em uma tal situação não há propriamente injustiça, já que cada Estado é juiz em causa própria (ZeF, AA 8: 355).

⁸ SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. New York: Telos Press Publishing, 2006 [1950], p. 157.

⁹ "In so far as Schmitt insists that waging war is justified only when a people's way of life is endangered, he is not a *strictu sensu* bellicist. Of course, the argument that the justification for killing and war is not moral has an illustrious forerunner in Hobbes, who saw self-preservation as *summum bonum*, but not in a moral sense" (SLOMP, 2006, p. 444).

¹⁰ Nesse particular, merece alguma atenção o texto *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*. Neste escrito, a dignidade humana é apresentada como um conceito moral e se ela passa a ter função relevante na configuração dos direitos humanos, como parece o caso, então, isso implicaria que a sua natureza moral conferiria também uma natureza moral aos direitos humanos. Seja como for, Habermas não parece desfazer a possibilidade da formulação jurídica dos direitos humanos. Não só ele reforça o caráter bifronte dos direitos humanos como direitos morais e jurídicos, com remissão à metáfora da face de Jano, como concede à dignidade humana justamente a um papel "[...] na mudança de perspectiva que vai dos deveres morais aos direitos jurídicos" (HABERMAS, 2012, p. 20).

Referências bibliográficas

BENHABIB, Seyla. Carl Schmitt's Critique of Kant: Sovereignty and International Law. *Political Theory*. V. 40, N. 6, p. 688–713, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. [Trad. G. Sperber, P. A. Soethe, M. C. Mota: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie]. 2. ed., São Paulo: Loyola, 2004 [1997].

_____. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. *Sobre a Constituição da Europa*. [D. L. Werle, L. Repa, R. Melo: Zur Verfassung Europas: Ein Essay]. São Paulo: UNESP, 2012.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994 [1961].

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Trad. J. Lamego: Die Metaphysic der Sitten]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797].

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. (Trad. A. Morão). Lisboa: E. 70, 1988.

_____. *Kant's gesammelte Schrifften/Kant's Werke*. (28 vs.). (Preussischen Akademie der Wissenschaften). Berlin: Reimer, 1911.

_____. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. [Trad. J. Beckenkamp: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtlehre]. São Paulo: Martins Fontes, 2014 [1797].

MONOD, Jean-Claude. Toward Perpetual War?: The Stakes and Limits of Schmitt's Critique of Kant's Cosmopolitanism. *The New Centennial Review*. V. 13, N. 1, p. 137-160, 2013.

SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1974 [1950].

_____. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. [G. L. Ulmen: Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum]. New York: Telos Press Publishing, 2006 [1950].

SLOMP, Gabriella. Carl Schmitt's Five Arguments against the Idea of Just War. *Cambridge Review of International Affairs*. V. 19, n. 3), p. 435–47, 2006.

VATTEL, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*. [2 v]. Londres, 1758. [<https://oll.libertyfund.org/titles/vattel-le-droit-des-gens-ou-principes-de-la-loi-naturelle-2-vols>].

WILLIAM, Howard. *Kant and the End of War: A Critique of Just War Theory*. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

Received/Recebido: 12/06/2020
Approved/Aprovado: 19/08/2020