

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MARCEL MÜLLER VELHO

CONTRADIÇÃO DO DIREITO: A LIBERDADE E A ARMA DE GUERRA

**CAXIAS DO SUL
2022**

MARCEL MÜLLER VELHO

CONTRADIÇÃO DO DIREITO: A LIBERDADE E A ARMA DE GUERRA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora da Universidade de Caxias do Sul, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Moisés João Rech.

**CAXIAS DO SUL
2022**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as relações do Direito com a guerra analisando, através de teorias diversas, o estreitamento dessa relação ao longo do processo histórico. Dentro desse enfoque e sem a pretensão de esgotar a temática, busca superar a tese de que o Direito como arma de guerra configura uma contradição com seu propósito histórico originário, centrado no surgimento histórico da noção de liberdade humana. Para tanto, partimos da conceituação mais moderna de Direito, intimamente ligada com a época pós Revolução Francesa, da obra de Hegel, para quem a contradição cumpre papel importante para o próprio desenvolvimento dos conceitos históricos. Após, analisamos autores dos séculos XIX e XX que investigaram mais a fundo a ligação do Direito com a opressão e a guerra, chegando a análise do conceito contemporâneo de *Lawfare*. Ao final, concluímos que o projeto de liberdade humana centrado no Direito apresenta profundas ligações com a guerra desde sua gênese não se tratando de uma contradição disforme, mas necessária tendo em vista as próprias condições sobre as quais esse projeto tomou forma. Entretanto, buscamos mostrar como os conceitos de Direito e guerra devem ser novamente separados, a fim de evitar formas injustas de conflito bélico.

Palavras-chave: *Lawfare*. Direito. Guerra. Contradição. Hegel. Desenvolvimento histórico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O IDEAL DA LIBERDADE	7
1.1 O JUSNATURALISMO	7
1.2 A CRÍTICA HEGELIANA AO JUSNATURALISMO	8
1.3 A LIBERDADE NA FILOSOFIA HEGELIANA.....	14
1.4 LIBERDADE E VONTADE	15
1.5 O DIREITO EM MOVIMENTO.....	20
1.6 HEGEL, O ESTADO E A GUERRA.....	25
2 A ARMA DE GUERRA: LAWFARE	32
2.1 CARACTERÍSTICAS E CONCEITO DE LAWFARE	32
2.2 A GUERRA E O ESTADO CONTEMPORÂNEOS: A NOÇÃO DE GUERRA HÍBRIDA.....	36
3 A LIBERDADE E A GUERRA: SÍNTESE	41
3.1 MARX, PACHUKANIS E A CRÍTICA DA LIBERDADE E DO DIREITO	41
3.2 O PROBLEMA JURÍDICO DA GUERRA E A APROXIMAÇÃO DA GUERRA E DO DIREITO PENAL EM CARL SCHMITT.....	47
3.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	54
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
5 REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o termo *Lawfare* surgiu no mundo do Direito, apresentando-se como o uso dos instrumentos jurídicos penais para fazer guerra. Ao longo do século XX, entretanto, as próprias formas de fazer guerra se expandiram, possibilitando diversas modalidades de armamento, de métodos, de táticas e estratégias, levando a guerra para além do campo puramente bélico, incluindo-se a forma de guerra jurídica. Contudo, Direito e guerra se mostram unidos desde a gênese do mundo moderno, com a fundação do Estado Moderno a partir da Revolução Francesa. Este trabalho, portanto, busca analisar essa relação entre o Direito e a guerra e como essa relação foi se tornando mais intensa ao longo do desenvolvimento histórico, culminando no uso do próprio Direito como arma de guerra, o *Lawfare*.

Baseamo-nos nas seguintes hipóteses teóricas para a consideração de que o Direito como arma de guerra não configura uma contradição com seu viés democrático:

Primeiramente a doutrina filosófica do Direito de Hegel, que conduzida pela dialética de termos contraditórios, parte da manifestação moderna da liberdade para chegar ao Estado e à guerra, guerra esta circunscrita ao Estado, através do princípio de reconhecimento da soberania e juridicamente reconhecida, como veremos em Carl Schmitt.

Em segundo lugar, a crítica à liberdade, à democracia e ao Direito modernos por Karl Marx, este um discípulo de Hegel, e Pachukanis, um marxista, por seu turno.

Num terceiro momento, a aproximação da guerra ao Direito Penal analisada por Carl Schmitt e o problema da guerra não circunscrita ao Estado e, paradoxalmente, a aproximação do Direito Penal à guerra, como verificada por Günther Jakobs.

As manifestações de Schmitt e Jakobs encontrarão, por sua vez, um conceito mais bem formulado no chamado *Lawfare* e no problema da não circunscrição da guerra no conceito de Guerra Híbrida. Com base em tais manifestações críticas, o Direito moderno deve e pode ser utilizado como arma de guerra, constituindo um momento de seu desenvolvimento histórico, tal

como é também um momento seu, a sua manifestação positiva como progresso da liberdade, marco civilizatório e democrático, e uma conquista da razão humana.

A manifestação positiva, bem como a compreensão hegeliana do Direito constam no primeiro capítulo do trabalho “O Ideal da Liberdade”. Já a compreensão negativa, incorporada pela noção de *Lawfare*, compõe o segundo capítulo “A Arma de Guerra”, uma espécie de antítese do primeiro.

O capítulo final procura sintetizar os dois momentos trazendo teorias críticas ao Direito, ao conceito moderno de liberdade, à guerra moderna e ao Direito Penal, teorias que de alguma forma anteviram a limitação da liberdade jurídica e o problema do *Lawfare*.

Desta maneira, utilizando-nos especialmente da obra do filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, buscamos reconstruir, através da análise da evolução dos conceitos de Direito e de guerra, o panorama histórico desta relação, buscando as causas que possibilitaram o surgimento do *Lawfare* e procurando demonstrar que o Direito e a guerra não são termos contraditórios entre si, mas duas formas de *relação* preponderantes dentro do Estado Moderno.

1. O IDEAL DA LIBERDADE

O presente capítulo pretende analisar a contribuição hegeliana para o conceito de liberdade. Conforme veremos, Hegel situa a liberdade dentro do terreno concreto do Estado, mas remete-se a um diálogo incessante com filósofos e autores predecessores a ele que contribuíram para o debate.

Os momentos desses diálogos de Hegel são aqueles da longa história pré-moderna, até o advento da Revolução Francesa: são os filósofos revolucionários, que contribuíram para a formação intelectual da Revolução centrando a disputa filosófica na liberdade como valor humano.

Com a tomada do poder político pela burguesia, Hegel tornou-se seu mais célebre filósofo e teórico, inserindo o valor outrora idealístico de uma liberdade absoluta em um chão firme e delimitado: o do Estado Moderno.

Hegel desenvolverá, então, toda sua filosofia jurídica a partir dessa liberdade conquistada à duras penas debaixo de uma revolução até a conceituação do Estado.

Veremos como, já na obra de maturidade hegeliana, a guerra aparece como ponto final de sua teoria do Estado, tratando-se de uma forma de relações exteriores dentro, portanto, de um arcabouço jurídico: sua teoria do Direito.

1.1 O JUSNATURALISMO

A ideia da liberdade como valor humano se desenvolve historicamente e terá no liberalismo sua doutrina principal. Essa doutrina se expandiu especialmente no período Iluminista como forma de contestação às normas sociais então vigentes: os privilégios da classe nobre, a ideia de direito divino dos reis e a monarquia absolutista:

[...] toda essa etapa absolutista da filosofia moderna terá um contraponto posterior com os movimentos filosóficos dos séculos XVII e XVIII, com Locke na Inglaterra, Voltaire, Rousseau e Montesquieu na França e Kant na Alemanha, dentre outros. Trata-se do Iluminismo. Tal qual o Renascimento e o Absolutismo, o Iluminismo não é um movimento unificado, de pensadores que tenham tido sempre premissas comuns. São, todos, grandes modos abertos de pensar determinados problemas. O Iluminismo é composto por pensadores que, muitas vezes, debatiam entre si sobre pontos fundamentais, mas apresenta como identidade a busca de se fundar na razão. Seu inimigo, o Absolutismo, extraía o poder do soberano de

Deus, portanto, de um procedimento formal teológico. O Iluminismo, creditando tal visão às trevas da fé, insistirá nas luzes da razão, e daí a origem de seu nome.¹

Nessa esteira, o liberalismo foi a doutrina que afirmou a existência de direitos individuais e subjetivos comuns a todo homem. Essa ideia e a constituição da liberdade como direito subjetivo será um dos princípios básicos da escola Jusnaturalista moderna. Esse movimento terá como pano histórico a luta da burguesia ascendente contra a nobreza decadente:

Essa perspectiva, de reflexão sobre as possibilidades do indivíduo em face do Estado, engendra toda uma tradição a respeito dos direitos (surgindo assim a noção moderna de direito subjetivo), abrindo-se campo para as reflexões filosóficas modernas especificamente do direito. As liberdades burguesas e a constante luta burguesa contra os privilégios absolutistas farão com que a modernidade iluminista ressalte, em termos teóricos, os direitos individuais. A noção de direitos subjetivos - fundamental ao desenvolvimento do capitalismo - conduz a uma reflexão sobre os limites do Estado, de seus poderes, de seu governo.²

Segundo Cesar Augusto Ramos, o Jusnaturalismo abordará seus temas comuns - hipótese contratualista, oposição entre estado de natureza e sociedade, o racionalismo como método etc. - partindo desse pressuposto da liberdade como qualidade inerente do ser humano.³ O conflito entre o homem e o Estado será resolvido, nesta teoria, na passagem do estado de natureza para a sociedade civil partindo de uma concepção em que

[...] a liberdade é transformada em qualidade fixa e absolutizada como essência de um conteúdo (realidade) deduzido a priori, desembocando, assim, no Estado como realidade posteriormente construída.⁴

Tal concepção será criticada e resolvida na filosofia de Hegel o qual, desde o início de sua filosofia discute o Jusnaturalismo, conforme veremos.

1.2 A CRÍTICA HEGELIANA AO JUSNATURALISMO

¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito** – 6ª ed – São Paulo: Atlas, 2018, p. 133.

² MASCARO, Alysson Leandro. *Ibid.*, p. 136.

³ RAMOS, César Augusto. A RECEPÇÃO CRÍTICA DE HEGEL À CONCEPÇÃO DE LIBERDADE COMO DIREITO SUBJETIVO NO JUSNATURALISMO MODERNO. **Dissertatio – Revista de Filosofia**, Pelotas, v. 31, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8778>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

⁴ RAMOS, César Augusto. *Ibid.*, p. 40.

No artigo *Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural* o jovem Hegel oferecerá uma crítica às perspectivas precedentes que abordaram o Jusnaturalismo: as correntes do empirismo - encarnado em Hobbes, Locke e Rousseau - e do formalismo - desenvolvido por Kant e Fichte. Criticando essas visões, Hegel procurará supracumprir esses momentos que constituirão a sua visão de Direito Natural.

Embora seja na obra de maturidade *Princípios da Filosofia do Direito* que Hegel irá expor sua concepção mais acabada sistematicamente sobre o Direito, já neste artigo de juventude encontramos pontos importantes a respeito do desenvolvimento da ideia da liberdade e sua relação com o Direito. A crítica de Hegel não reprovará, portanto, a ideia da liberdade como fundamento do Direito Natural, mas sim os modos como o empirismo e o formalismo encaram e formam essa ideia. O conteúdo *a priori* criticado por Hegel é a ideia jusnaturalista do estado de natureza e a consequente construção do Estado através de um contrato social. Para Hegel, o empirismo, ao absolutizar apenas um aspecto da realidade perceptível, não consegue compreender o Direito enquanto movimento. Já o formalismo, acaba tomando por ponto de partida o conteúdo apriorístico puramente formal da vontade pura:

Kant engendra o direito da pureza da lei, da autonomia desta única lei que reconhece ser o imperativo categórico, não permitindo que qualquer afecção externa se sobreponha à vontade puramente moral. A crítica hegeliana ao formalismo começa por mostrar como esta lei é apenas um lado do movimento dialético que o espírito perfaz, constantemente, em sua objetivação.⁵

Erigindo uma oposição entre a liberdade individual e a liberdade universal, o formalismo tem de resolver essa oposição através da coerção. Segundo essa visão formal, como forma de unir a vontade e a liberdade individuais com a vontade universal o caráter coercitivo do Direito cumpriria papel mediador em que se ergue necessariamente

[...] a construção de uma unidade mediante uma relação externa de coerção que acaba subjugando um dos pólos dessa relação, negando a liberdade do indivíduo. O súdito tem o seu arbítrio subjugado pela coerção, e ele só tem consistência dessa unidade mediante a

⁵ BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. Apresentação: UM DIREITO DE NATUREZA ÉTICA E O MÉTODO ESPECULATIVO HEGELIANO. In: HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 16.

intervenção externa da coação. Para Fichte, interpreta Hegel, no próprio conceito de coação se põe algo de exterior à liberdade.⁶

Portanto, o ponto de partida da liberdade com base no estado de natureza encontra no tema da coação um obstáculo à sua plena realização.

Como solução dialética para essas duas correntes Hegel propõe uma visão especulativa rejeitando a separação entre estado de natureza e Estado, buscando compreender este e o Direito como consequências firmes da vontade, da liberdade, do reconhecimento dos indivíduos como pessoas, da eticidade e, portanto, da vida em sociedade⁷. Desta maneira:

O Estado deve ser concebido segundo o liame orgânico da prevalência do todo sobre as partes que regula a relação entre o indivíduo e a vida ética. O direito subjetivo da liberdade encontra a sua razão de ser e garantia para a sua expressão apenas nesse vínculo.⁸

Ora, a crítica à ideia de contrato social se justifica pelo fato que este representa precisamente apenas um momento das relações entre os homens e é tomado como fator preponderante pelos representantes do Jusnaturalismo, no caso pelo contrato, símbolo de instrumento formal da manifestação de vontades. Além disso, o estado de natureza, em qualquer das concepções em que foi abordado, pressupõe a existência do Direito *em estado natural* construindo o Estado para ingressar em um estado político, ou seja, precisamente para sair daquele estado natural. Nas palavras de Hegel: “[...], em realidade, o direito e todas as suas determinações fundam-se somente na *livre personalidade*: sobre uma *determinação de si* que é o contrário da *determinação natural* [...]”⁹. De outra forma, o direito natural de um homem

⁶ RAMOS, César Augusto. HEGEL E A CRÍTICA AO ESTADO DE NATUREZA DO JUSNATURALISMO MODERNO. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, 2011, p. 97. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2011000100005>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

⁷ NOVELLI, Pedro Geraldo Aparecido. A CRÍTICA DE HEGEL AO CONCEITO DE LEI EM KANT. **Revista Páginas de Filosofia**. São Paulo, v. 1, n. 1, jan.-jul., 2009, p. 49-73. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/PF/article/view/866/959>>. Acesso: 12 mai. 2022.

⁸ RAMOS, César Augusto. A RECEPÇÃO CRÍTICA DE HEGEL À CONCEPÇÃO DE LIBERDADE COMO DIREITO SUBJETIVO NO JUSNATURALISMO MODERNO. **Dissertatio – Revista de Filosofia**, Pelotas, v. 31, 2010, p. 48. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8778>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

⁹ HEGEL, G. W.F., 1995 *apud* RAMOS, César Augusto. HEGEL E A CRÍTICA AO ESTADO DE

sobre outro prevaleceria, formando um estado arbitrário e violento enquanto a sociedade e a eticidade que se formaram com o Estado, tendo como ponto de partida a liberdade e o Direito, seriam impossíveis. Para Hegel é inadmissível tomar a violência como ponto de partida fundamental do Direito:

A luta do reconhecimento, e a submissão a um senhor, é o *fenômeno* (*Erscheinung*) do qual surgiu a vida em comum dos homens, como um começo dos *Estados*. A *violência* (*Gewalt*), que é fundamento nesse fenômeno, não é, no entanto, fundamento do *direito*, embora seja o momento *necessário* e *legítimo* na passagem do estado da consciência-de-si submersa no desejo e na singularidade ao estado da consciênciade-si universal. É o começo exterior, ou o *começo fenomênico* dos Estados, não seu *princípio substancial*.¹⁰

Para Hegel, portanto, será necessário penetrar “na experiência da Coisa mesma”¹¹, no caso do Direito, de forma que os momentos do empirismo e do formalismo sejam subsumidos e vistos como momentos de formas de pensar o Direito e que se transformam na medida em que o próprio conceito de Direito se desenvolve historicamente.

Já no artigo *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural: Seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito*, Hegel propõe uma leitura especulativa em que o fundamento do Direito é a eticidade. Tomando as expressões especulativas e formalistas como momentos da razão, Hegel expressará o direito natural vinculado a uma comunidade ética resgatando, para isso, o pensamento político aristotélico. Tomando como exemplo a *pólis* grega, Hegel pôde resgatar um sistema de direitos e deveres historicamente existente (negando, portanto, estabelecer uma base de princípios apriorísticos) vinculados a um princípio básico de direito natural. Constitui a eticidade:

[...] a fusão do infinito e do finito, do ideal e do real, enfim, do conceito e sua efetivação, desenvolvendo-se pela determinação lógica inserida na própria história dos fatos. Assim, a realidade do direito é infinita, numa fluidez múltipla, concretizando-se em diversos momentos. As figuras éticas constituem o resultado desta concretização. A eticidade consolida-se, gradualmente, a cada momento histórico, em figuras concretas, que são os povos. Cada povo que existe é uma figura da eticidade e nele está contida aquela múltipla fluidez dos fatos jurídicos. Portanto, o conceito ético de povo confere a todos estes

NATUREZA DO JUSNATURALISMO MODERNO. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, 2011, p. 97. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2011000100005>>. Acesso em: 05 mai. 2022, p. 91.

¹⁰ HEGEL, G. W.F., 1995 *apud* RAMOS, César Augusto. *Ibid.* p. 92.

¹¹ HEGEL, G. W.F. **Fenomenologia do Espírito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 23.

fatos o sentido lógico e a unidade dialética. O que primeiro caracteriza um povo é sua unidade interna, que é a dos diferentes indivíduos que o compõem, levando-os a uma coexistência pacífica [...] ¹²

Para Hegel, este retorno ao passado não constitui mero capricho, mas a necessidade de resolução do problema entre a liberdade individual e a lei externa. Sobre essa busca de um passado, ensina Hegel:

[...] o que não tem no presente nenhum fundamento vivo verdadeiro tem o seu fundamento num passado, isto é, há que se procurar um tempo no qual a determinidade fixada na lei, mas que terminou por morrer, era um costume ético vivo, e de acordo com o resto da legislação. Mas o efeito da explicação puramente histórica das leis e estruturas não vai mais longe que isto que se tem precisamente em vista nesta finalidade do conhecimento; ela ultrapassará sua destinação e verdade se, por ela, a lei que não tinha a verdade senão numa vida passada deve ser justificada pelo presente; ao contrário, este conhecimento histórico da lei, que sabe mostrar o fundamento desta última unicamente em costumes éticos perdidos e numa vida que terminou por morrer, prova precisamente que agora, no presente vivo, faltam-lhe o sentido e a significação, embora, pela forma da lei e por isso que há ainda partes do todo que são [presas] ao interesse que esta lei tem e ligam-se a seu ser-aí, [caso] ela tenha ainda força e poder. ¹³

Hegel tem, portanto, de unir a liberdade individual com a vida ética, considerando uma nova ética e uma nova legislação, específica da modernidade, que tem como ponto de partida a liberdade:

Desta Idéia da natureza da vida ética absoluta libera-se como resultado uma relação da qual novamente há de que se falar, a relação da vida ética do indivíduo com a vida ética absoluta real, e a relação das ciências que tratam destas, da moral e do direito natural. Como, com efeito, a vida ética absoluta compreende reunida nela a infinitude, ou o conceito absoluto - a singularidade pura - [tomada] sem reserva e em sua abstração suprema, ela é imediatamente vida ética do [indivíduo] singular, e, inversamente, a essência da vida ética do [indivíduo] singular é, sem reserva, a vida ética absoluta real e, por esta razão, universal; a vida ética do [indivíduo] singular é uma pulsação do sistema inteiro, e o próprio sistema inteiro. ¹⁴

¹² BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. Apresentação: UM DIREITO DE NATUREZA ÉTICA E O MÉTODO ESPECULATIVO HEGELIANO. *In*: HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 22/23.

¹³ HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 130/131.

¹⁴ HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 102/103.

Mas não tomando a liberdade como tomam os empíricos e os formalistas. Nestes, os princípios individuais e do Direito Civil tornam-se preponderantes em relação ao Estado, ao Direito Público e à vida ética:

[...] na época moderna, no ordenamento interno do direito natural, esta justiça exterior, a infinitude refletida no finito subsistente e, por esta razão, formal, que constitui o princípio do direito civil, adquiriu uma dominação soberana particular sobre o direito político e sobre o direito internacional. A forma de uma relação subordinada tal como o contrato introduziu-se à força na majestade absoluta da totalidade ética [...].¹⁵

Como causa de tomar a moralidade singular como absoluta, o formalismo, por isso, levanta um perigoso precedente:

[...] Igualmente, também o direito político poderia querer se reportar como tal absolutamente no singular e, enquanto uma administração perfeita, penetrar inteiramente o ser do singular, e assim aniquilar a liberdade civil, o que seria o despotismo mais duro, - como Fichte queria ver todo o agir e ser do singular enquanto tal controlado, sabido e determinado pelo universal oposto a ele e pela abstração. O princípio moral poderia, assim, querer introduzir-se à força no sistema da vida ética absoluta e colocar-se à cabeça do direito público, assim como do direito privado, como também do direito internacional, o que seria igualmente a maior fraqueza e o mais profundo despotismo e a perda total da Idéia de uma organização ética, pois que o princípio moral, como aquele do direito civil, está somente no finito e no singular.¹⁶

Notamos aqui a preocupação de Hegel com o risco da atomização social. Sua construção do Direito como princípio da liberdade, como veremos posteriormente, deverá então ser concebida em um processo que se inicie com a vontade e a liberdade individuais, mas que se torne independente da figura individual.¹⁷

Alysson Mascaro vê no Jusnaturalismo e em Hegel os momentos da construção da sociedade burguesa, com base no liberalismo e no Direito. Enquanto o Jusnaturalismo encarnaria o momento da burguesia revolucionária em busca de poder político, o que representa a ênfase nos Direitos Individuais e o discurso contra o Estado opressor da liberdade, a filosofia de Hegel

¹⁵ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 123.

¹⁶ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 123/124.

¹⁷ SAFATLE, Vladimir. A FORMA INSTITUCIONAL DA NEGAÇÃO: HEGEL, LIBERDADE E OS FUNDAMENTOS DO ESTADO MODERNO. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 53, n. 125, 2012, p. 149-178. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2012000100008>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

representaria o melhor pensamento burguês após a Revolução Francesa, e portanto, já em posse do poder político, o Estado Burguês¹⁸. Hegel constrói então sua filosofia do Direito ainda com base na liberdade, mas ligando seus diversos momentos condensados na soberania do Estado e na sociedade. Dessa forma, Hegel não opõe as liberdades individuais aos direitos da maioria, o indivíduo à sociedade e ao Estado, mas todas essas figuras serão momentos da Ideia do Direito em movimento na história. Pelo contrário, Hegel inclusive oferece uma crítica a esse modo de pensar a liberdade, historicamente concentrado no liberalismo, que separa e atomiza o indivíduo, a sociedade e o Estado já que “O liberalismo vincula o político às liberdades individuais, fazendo prevalecer do ponto de vista institucional o direito como fim e a organização estatal (política) como meio”¹⁹. O poder do Estado hegeliano deriva da liberdade “purificada” do momento da coerção como seu oposto, como visto em sua crítica a Fichte. Nesse liame:

A idéia liberal do poder do Estado como algo negativo e exterior, o qual inevitavelmente tende a se tornar abusivo se não for limitado, patenteia uma concepção antípoda ao conceito hegeliano de poder do Estado caracterizado como algo positivo e imanente à vida política dos cidadãos. Se para o liberalismo é inevitável conceder ao Estado o monopólio da força - até um dia em que, finalmente, os homens possam viver sem a necessidade dessa coação estatal - resguardando a sociedade civil contra o abuso do poder, circunscrevendo-o dentro de limites e sob o controle jurisdicional da sociedade; para Hegel, a existência deste monopólio como poder do Estado constitui uma exigência do Estado moderno, sem o qual os indivíduos não cumprem a destinação racional de sua natureza e a liberdade se afigura como uma palavra vazia e formal. O Estado não é meio, mas fim [...].²⁰

Assim, embora Hegel preze pela liberdade como ponto basilar do mundo moderno e do Direito, seu valor será considerado dentro da ordem viva do Estado e não como valor metafísico ou absoluto.

1.3 A LIBERDADE NA FILOSOFIA HEGELIANA

¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito** – 6ª ed – São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁹ RAMOS, César Augusto. A CRÍTICA DE SCHMITT E DE HEGEL AO LIBERALISMO. **Trans/Form/Ação – Revista de Filosofia**, São Paulo, v. 18, p. 116. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/trans/a/gBDrpRmdwsHRCnsWnM7S4HG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

²⁰ RAMOS, César Augusto. *Ibid.* p. 114.

Conforme visto, em teor de suas críticas e preocupações quanto ao conceito, a liberdade é tema de fundamental importância para Hegel. Mas sua ideia da liberdade não ficará hipostasiada no condão da liberdade individual, como nos movimentos jusnaturalistas e liberais. Introduzindo uma dialética sua, bem como uma noção de processo histórico e de movimento, Hegel fundamentará o Direito como a Ideia da Liberdade, mas esta Ideia em seu desenvolvimento concreto e real, como aparece enquanto momento histórico – incluindo aí os momentos do Jusnaturalismo - e em seu desenvolvimento político real - as revoluções, o surgimento do Estado moderno, das instituições etc. Portanto, em Hegel:

O domínio do direito é o espírito em geral, e sua **base própria e ponto de partida é a vontade livre**, de sorte que **a liberdade constitui sua substância e sua determinação; o sistema do direito é o reino da liberdade realizada**, o mundo do espírito que se manifesta como uma segunda natureza a partir de si mesmo (grifou-se).²¹

Assim sendo, o processo de desenvolvimento da liberdade na modernidade compreende, para Hegel, o desenvolvimento histórico do Direito. Tal percurso é que se expõe nos *Princípios da Filosofia do Direito*, tendo como aposta o desenvolvimento de um Estado essencialmente racional que tenha por base a liberdade moderna. Entretanto, antes de debruçarmo-nos sobre sua perspectiva do Direito, analisaremos brevemente suas concepções e críticas das ideias sobre a liberdade e a vontade.

1.4 LIBERDADE E VONTADE

Tendo como ponto de partida a vontade, considera Hegel que esta encerra três momentos: o primeiro, o da “pura reflexão do Eu em si mesmo”²²; o segundo, o da “individualização do Eu”²³; e o terceiro, momento da união dos dois primeiros momentos, que constitui “a liberdade que compõe o conceito ou a substância da vontade”²⁴.

²¹ HEGEL, G. W.F. *Princípios da Filosofia do Direito* – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 48.

²² HEGEL, G. W.F. *Princípios da Filosofia do Direito* – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997. p. 47.

²³ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 49.

²⁴ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 50.

O primeiro momento trata de um Eu ilimitado, livre de quaisquer determinações sejam estas da natureza, desejos e instintos ou de outros meios, mas que por ser abstração de toda determinação, não pode ser por si mesmo realmente indeterminado. Hegel considera esse momento o de uma liberdade negativa, liberdade do vazio ou liberdade do intelecto já que procura fugir de qualquer conteúdo, pois o vê como limitação do Eu puro. Vladimir Safatle entende esse primeiro momento como o de um momento “[...] baseado na hipóstase das exigências de *autenticidade* [...]”²⁵. Para Hegel, como já vimos em sua crítica a Fichte, essa autenticidade não pode ser ao cabo a verdadeira liberdade, pois acusará qualquer interferência como coerção e violência, inclusive a interferência da lei positiva e do Estado. Esta liberdade negativa, inclusive, será a base da liberdade absoluta, encarnada pelo chamado terror jacobino. Este primeiro momento, no entanto, segue sendo necessário em Hegel, como construção do vir-a-ser do Direito e da própria Revolução Francesa.

Tal como é necessário o segundo momento, o da individualização do Eu, em que o Eu indeterminado se determina e se diferencia, estabelecendo para si um conteúdo. É o momento da hipóstase da ideia de autonomia, ou livre-arbítrio, levando o indivíduo a categoria central da vida social²⁶. Quanto a este momento, já vimos algumas críticas de Hegel quando da proposta de superação do formalismo em seu artigo de juventude: o livre-arbítrio kantiano, que toma por princípio uma vontade pura e universal, fundamentando uma conduta moral com base em um dever representado no imperativo categórico e que, por entender o mundo tendo como base maior a autonomia individual, produz uma leitura das relações humanas e políticas sempre a partir da forma do contrato.

Hegel, então, distingue as formas da vontade. A vontade consciente de si se depara com um mundo exterior; possui desejos em relação a esse mundo. Através da atividade, realiza seu querer na realidade. Nesse momento, trata-se

²⁵ SAFATLE, Vladimir. A FORMA INSTITUCIONAL DA NEGAÇÃO: HEGEL, LIBERDADE E OS FUNDAMENTOS DO ESTADO MODERNO. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 53, n. 125, 2012, p. 149-178. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2012000100008>>. Acesso em: 01 jun. 2022, p. 125.

²⁶ SAFATLE, Vladimir. *Ibid.*

de uma vontade natural, que deseja e age, mas não sabe o conteúdo desse desejo e desse agir, ainda é a pura reflexão do Eu em si mesmo:

“A vontade ainda só em si livre é a vontade imediata ou natural. As determinações diferenciadoras que o conceito, ao determinar-se a si, põe na vontade surgem na vontade imediata como um conteúdo imediato; são os instintos, os desejos, as tendências, nos quais a vontade se encontra determinada por sua natureza.”²⁷

Por se manifestar como individualidade, a vontade só pode se manifestar na forma de uma decisão “[...] como vontade de um indivíduo determinado que se distingue exteriormente em relação a outro”.²⁸ Essa vontade imediata, entretanto, é formal. Hegel não considera que ela possui a racionalidade que constituirá sua decisão como obra de sua liberdade. O Eu com a possibilidade de determinar-se por diversos conteúdos presentes no mundo exterior constitui a liberdade do livre-arbítrio, anteriormente criticada.

Tanto a autenticidade como a autonomia deverão se unir no terceiro momento que propõe uma atualização da vontade dos indivíduos particulares formados nos dois primeiros momentos para sua inclusão em uma comunidade ética - como cidadãos que participam da vida ética do Estado²⁹. Essa construção dialética representa bem a relação de Hegel com o jusnaturalismo, ora afirmando-o, ora negando-o:

A afirmação consiste em acatar a tese do pressuposto do abstracionismo jusnaturalista na aceitação da pessoa e da sua liberdade (subjéctiva). A negação está em rejeitar a auto-suficiência deste pressuposto como fundamento necessário para a postulação dos direitos subjéctivos, sobretudo, a liberdade.³⁰

O terceiro momento, partindo da união dos dois primeiros momentos, constitui um Eu já determinado e limitado, mas que sabe ser Eu. Concebido em

²⁷ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 52.

²⁸ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 53.

²⁹ INÁCIO, Bruno Richard. DO DIREITO ABSTRATO À MORALIDADE SUBJETIVA: Hegel e a possibilidade do reconhecimento de si. **Revista Científica On-line Tecnologia – Gestão – Humanismo**, São Paulo, v. 8, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/113797450-Do-direito-abstrato-a-moralidade-subjetiva-hegel-e-a-possibilidade-do-reconhecimento-de-si.html>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

³⁰ RAMOS, César Augusto. A RECEPÇÃO CRÍTICA DE HEGEL À CONCEPÇÃO DE LIBERDADE COMO DIREITO SUBJETIVO NO JUSNATURALISMO MODERNO. **Dissertatio – Revista de Filosofia**, Pelotas, v. 31, 2010, p. 45. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8778>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

uma relação de negatividade consigo, esse Eu traz o primeiro momento da autenticidade, mas eliminando seu caráter indeterminado e também carrega o segundo momento da autonomia, levando adiante suas determinações. Essa é a liberdade que “compõe o conceito ou substância da vontade”.³¹ Libertando-se da arbitrariedade do primeiro momento e da aleatoriedade do livre-arbítrio, essa vontade livre percorrerá um caminho de determinações, produzindo a liberdade e sendo produzida por esta, rumo ao desenvolvimento do Direito.

A entrada da razão no percurso da vontade promoverá a universalidade do pensamento. Ao pensar o livre-arbítrio, a liberdade é pensada. Para Hegel, esse resultado de tomar consciência da liberdade formou-se a partir de um longo desenvolvimento histórico até que se tornasse parte da consciência, do saber e da cultura. E o Direito será a manifestação humana da liberdade consciente de si.³² Já o salto para essa vontade (vontade enfim livre em si e para si) somente foi possível com a consciência de si como *razão*, conforme a construção filosófica d’*A Fenomenologia do Espírito*. Nas lições de *A Razão na História*, Hegel procura deixar claro como a razão, apreendida filosoficamente, constitui um motor da história, oposta a inteligência individual:

A filosofia demonstrou através de sua reflexão especulativa que a Razão – esta palavra poderá ser aceita aqui sem maior exame da sua relação com Deus – é ao mesmo tempo substância e poder infinito, que ela é em si o material infinito de toda vida natural e espiritual e também é a forma infinita, a realização de si como conteúdo. Ela é substância, ou seja, é através dela e nela que toda a realidade tem o seu ser e a sua subsistência. Ela é poder infinito, pois a Razão não é tão impotente para produzir apenas o ideal, a intenção, permanecendo em uma existência fora da realidade – sabe-se lá onde – como algo característico nas cabeças de umas poucas pessoas. Ela é o conteúdo infinito de toda a essência e verdade, pois não exige, como o faz a atividade finita, a condição de materiais externos, de meios fornecidos de onde extrair-se o alimento e os objetos de sua atividade; ela supre seu próprio alimento e sua própria referência. E ela é forma infinita, pois apenas em sua imagem e por ordem sua os fenômenos surgem e começam a viver. É a sua própria base de existência e meta final absoluta e realiza esta meta a partir da potencialidade para a realidade, da fonte interior para a aparência exterior, não apenas no universal natural, mas também no espiritual, na história do mundo.³³

³¹ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 50.

³² HEGEL, G. W.F., *loc. cit.*

³³ HEGEL, G. W.F. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001, p. 52

A autoconsciência, nesse diapasão, é essencial para a existência como tal, já que através dela, tanto os indivíduos adquirem consciência de si e de sua liberdade, como os povos (ou o Espírito, no sentido hegeliano) adquirem consciência de si como tais e, portanto, consciência do mundo. Assim:

A Liberdade, como o Espírito, é dinâmica, ela progride dialeticamente contra seus próprios obstáculos. Ela jamais é dada, deve-se lutar para obtê-la. Cada afrouxamento do Espírito significa voltar à inércia da Matéria, o que significa a destruição da liberdade quando os homens estão sujeitos à Matéria (como ocorre na pobreza, na doença, no frio, na fome), ou quando estão sujeitos a outros homens e são usados por estes como objeto. Por outro lado, o Espírito ao superar assim seus próprios obstáculos elaborando e compreendendo a si mesmo na História é continuamente criativo [...] A própria autoconsciência do Espírito é, portanto, ao mesmo tempo a própria autoconsciência do mundo, é-uma consciência de mundo.³⁴

Essa forma da vontade universal é bastante própria da modernidade e guarda profundas relações com o advento da Revolução Francesa, já que esta representa o marco histórico de “nascimento” do mundo moderno: a partir dela, o homem afirma sua liberdade. Nesse sentido diz Losurdo:

Hegel, por sua vez, se identifica plenamente com o real-razional do processo histórico que é, ao mesmo tempo, a realização gradual tanto da liberdade quanto da igualdade [...] E esse processo histórico é irreversível porque os homens, com o passar do tempo, não permitem mais que lhes arranquem a dignidade humana e moral conquistada [...] A afirmação da racionalidade estratégica do processo histórico está intimamente associada a uma filosofia da história em alguma medida democrática: progressivamente, é a humanidade em sua totalidade que adere ao reconhecimento da própria humanidade e liberdade e que considera esse reconhecimento um dado imutável [...].³⁵

A construção da liberdade hegeliana procura reconciliar, portanto, o indivíduo livre com o mundo onde ele vive, repleto de outros indivíduos, e as criações dessa liberdade. O movimento histórico que Hegel procurará mostrar em seu *Princípios da Filosofia do Direito* partirá, então, da vontade livre em si e para si, nos momentos concebidos pelas filosofias anteriores e por ele criticadas³⁶, que constituirão o domínio do Direito Abstrato, compreendendo a

³⁴ HARTMAN, Robert S. O significado de Hegel para a História. In: HEGEL, G. W.F. Ibid. p. 26.

³⁵ LOSURDO, Domenico. **Hegel e a liberdade dos modernos** – 1ª ed – São Paulo: Boitempo, 2019, p. 70/71.

³⁶ INÁCIO, Bruno Richard. DO DIREITO ABSTRATO À MORALIDADE SUBJETIVA: Hegel e a possibilidade do reconhecimento de si. **Revista Científica On-line Tecnologia – Gestão –**

personalidade, a propriedade, o trânsito desta para o contrato e a injustiça, compreendendo danos civis, impostura, violência e crime; daí à construção pertencente ao campo da Moralidade Subjetiva que se torna Objetiva através da família, da sociedade civil e por fim do Estado. Todas essas instituições se tornaram reais a partir da organização do ser humano enquanto ser livre e consciente de sua liberdade, tendo no Direito o fio que os une.

1.5 O DIREITO EM MOVIMENTO

No campo do Direito Abstrato, Hegel parte da vontade livre em si e para si ainda em um grau de fechamento em si mesma. Ela já é consciente de si, mas sem conteúdo. A vontade, assim, constitui a noção de *personalidade*, como define Hegel: “Na noção de personalidade, encontra-se o fato de que eu, embora determinado e finito em todos os aspectos [...] sou uma pura referência a mim, e na finitude me reconheço como infinito, universal e livre”.³⁷

A personalidade é que confere direito sobre as coisas concedendo a si a liberdade na forma da *posse* e da *propriedade*, na forma da relação entre as pessoas que se reconhecem como tais, através do contrato. Na forma da posse, temos uma vontade encerrada em si mesma; na relação, o reconhecimento mútuo das vontades. A ausência desse reconhecimento é a vontade fechada em si e oposta a si que constitui a injustiça e o crime. A injustiça condensa o dano civil, a impostura e a violência, e o crime. O dano civil trata precisamente de um conflito reivindicado com motivos jurídicos, sendo implícito um reconhecimento soberano do Direito, embora nesse momento da construção da obra, o Estado ainda não tenha explicitamente aparecido.

Na noção de injustiça, vemos novamente a crítica ao individualismo e à vontade particular. No contrato, a universalidade do Direito e a vontade particular coincidem, mas na injustiça a vontade particular tenta se impor ao Direito, tomando a aparência de um Direito particular - trata-se de um caráter negativo, que o Direito deverá contestar, a saber, pela ação jurídica:

Humanismo, São Paulo, v. 8, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/113797450-Do-direito-abstrato-a-moralidade-subjetiva-hegel-e-a-possibilidade-do-reconhecimento-de-si.html>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

³⁷ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 69.

Ao tornar-se particular, o Direito é diversidade infinita que se opõe à universalidade e à simplicidade de seu conceito é a forma da aparência. E pode ser ele imediatamente, em si, ou afirmado como tal pelo sujeito, ou, ainda, como puramente negativo. A cada um destes casos corresponde o dano involuntário ou civil, a impostura e o crime.³⁸

No campo da violência e do crime, temos, novamente, a manifestação de uma vontade que tenta se sobrepor a outra, o que, para Hegel, é aquela vontade natural previamente criticada, fechada em si mesma, que absolutiza o Eu:

[...] Mas a pura vontade natural é em si mesma violência contra a idéia da liberdade que é em si existente e deve ser defendida de uma tal vontade sem cultura: ou o ser moral já possui uma existência na família e no Estado, e esta pura natureza constitui então uma atividade violenta contra ele, ou só o Estado de natureza existe, estado de violência absoluta perante o qual a idéia ergue um direito heroico.³⁹

Na existência pressuposta do Estado, este será o campo do Direito Penal. Trata-se de uma vontade “sem cultura”, não inserida na sociedade do Direito, que viola a vontade inserida na família e no Estado; a pura natureza *versus* o ser moral.

A superação da contradição entre essas vontades se dará no campo da moralidade subjetiva: será o resultado do movimento da vontade particular e subjetiva, mas que aspira ao universal. A punição do crime ou a reparação da injustiça, para Hegel, configura o Direito se impondo em face da vontade individual que só existe para si. A superação, enfim, da vontade natural ou individual implicará em um retorno da vontade a si, na subjetividade e na personalidade, que passa agora a ser o objeto da liberdade em movimento. A liberdade, além de estar nas coisas, deverá estar na própria subjetividade.

Como forma de escapar da injustiça, a vontade deverá ser responsável, intencional e certa de ser boa: é o terreno da moral ou, em Hegel, da moralidade subjetiva. Trata-se da formação da consciência como consciência moral, período em que a filosofia kantiana trouxe contribuições fundamentais, mas insuficientes do ponto de vista da eticidade ou, como diz Hegel, da moral objetiva. Em Hegel:

³⁸ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 99.

³⁹ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 102.

O direito de moralidade como reconhecimento subjetivo faz com que o sujeito reconheça que esse direito também pertence ao outro. Este ponto é essencial para entender que a liberdade para Hegel não é relativa, pois o sujeito precisa do outro para reconhecer a sua liberdade, assim como o outro precisa do sujeito para reconhecê-la. Em outras palavras, a liberdade envolve o “eu” e o outro em uma relação concomitante.⁴⁰

Esta dimensão do “Eu” e do “outro” implicará na valorização da moral em um campo objetivo, e não no tão-somente dever-ser kantiano ou no pensamento do indivíduo de si para si. A moralidade, para ser efetivada, deverá se dar na realidade: na família, na sociedade civil e no Estado. A dimensão dessa objetividade é assim demonstrada:

A moralidade objetiva é a idéia da liberdade enquanto bem vivente, que tem na consciência de si o seu saber e o seu querer e que, por meio de sua ação, tem a sua realidade. Esta ação tem o seu fundamento em si e para si, e a sua finalidade motora na existência moral objetiva. É o conceito da liberdade convertido em mundo real e que adquiriu a natureza da consciência de si.⁴¹

Representa, portanto, o momento em que a moralidade transcende a subjetividade e aparece como comportamento e costume na vida cotidiana dos indivíduos, seus deveres e afazeres na esfera da necessidade, que todo ser humano tem. Em diversas passagens de sua obra, Hegel considera a sociedade como uma “segunda natureza” - polemizando novamente com o estado de natureza -, e da mesma maneira considera o hábito, que transforma uma dada realidade e configura um novo padrão de convivência:

O hábito que se adquire é como uma segunda natureza situada no lugar da vontade primitiva puramente natural, e que é a alma, a significação e a realidade da sua existência. É o espírito dado como um mundo cuja substância se eleva assim pela primeira vez ao plano do espírito.⁴²

Estamos, portanto, no terreno de manifestação do Espírito, o que em Hegel assume um significado e importância absolutos.

⁴⁰ INÁCIO, Bruno Richard. DO DIREITO ABSTRATO À MORALIDADE SUBJETIVA: Hegel e a possibilidade do reconhecimento de si. **Revista Científica On-line Tecnologia – Gestão – Humanismo**, São Paulo, v. 8, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/113797450-Do-direito-abstrato-a-moralidade-subjetiva-hegel-e-a-possibilidade-do-reconhecimento-de-si.html>>. Acesso em: 06 jun. 2022, p. 60.

⁴¹ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 149.

⁴² HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 153.

Se no campo do Direito Abstrato a liberdade se manifesta como vontade imediata que se mediatiza através de um outro e no campo da moralidade subjetiva esta vontade corresponde à consciência e à reflexão acerca do Bem e da felicidade e, portanto, como dever-ser, na moralidade objetiva, a vontade encontra uma forma real e cotidiana onde se reflete e se molda. Assim: “A substância moral, como o que contém a própria consciência refletida, unida ao seu conceito, é o espírito real de uma família e de um povo”.⁴³

É o terreno da família, espírito moral objetivo imediato, que se dissolve relegando o seus indivíduos na sociedade civil, ou seja, a sociedade, formada por indivíduos independentes com necessidades e que necessitam de uma constituição jurídica para assegurar e regular a propriedade e sua segurança. Tal constitui a atividade do Estado, cuja constituição representa a finalidade e a realidade do mundo moderno e contemporâneo. Saliente-se, entretanto, que Hegel não procura versar acerca de um Estado ideal, como na República de Platão, mas sim, apresentando todo o desenvolvimento da consciência de si e da liberdade, que o caminho até aqui percorrido na *Filosofia do Direito*, culmina, precisamente, em um Estado racional e que, portanto, é real:

Nosso tratado sobre a ciência do Estado quer representar apenas uma tentativa para conceber o Estado como algo racional em si. É um escrito filosófico, e nada mais distante de sua intenção que a construção de um ideal de Estado como deve ser [...].⁴⁴

Antes de entrar no terreno do Estado, Hegel mostra a Jurisdição como pertencente à Sociedade Civil. Este campo inclui o Direito como Lei (o Direito posto), a existência da Lei e o tribunal. Isso indica a total relação desses institutos com a família e as atividades da Sociedade Civil. Estas atividades compreendem o sistema de carência e satisfação dos diversos indivíduos, mediado pelo trabalho e pelas relações de propriedade (campo da economia política), a Jurisdição, já mencionada, e a Administração e Corporação. A nota ao parágrafo 256 mostra com maestria como se dá o trânsito para o Estado:

A cidade e o campo, a primeira como lugar da indústria burguesa, da reflexão que se desenvolve e se divide, o segundo como lugar da moralidade de acordo com a natureza - ou, em outros termos, os indivíduos que asseguram a sua conservação por meio do comércio com outras pessoas jurídicas, e a família -, constituem os dois

⁴³ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 155.

⁴⁴ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 36.

momentos ainda ideais que necessitam do Estado como seu verdadeiro fundamento. Por meio da divisão da sociedade civil, a moralidade objetiva imediata evolui, portanto, até ao Estado que se manifesta como o seu verdadeiro fundamento. Esta evolução é a prova científica do conceito de Estado, e não há outra. Se o desenvolvimento do conceito científico chega ao Estado como a um resultado, quando ele a si mesmo se dá como o verdadeiro fundamento, é porque tal mediação e tal ilusão se anulam a si mesmas na imediaticidade. É por isso que, na realidade, o Estado é, em geral, o primeiro. No intrínseco dele, a família desenvolve-se em sociedade civil, e o que há nestes dois momentos é a própria ideia do Estado. No desenvolvimento da sociedade civil, a substância moral alcança a sua forma infinita, que em si contém os dois momentos seguintes:

- 1º) A diferenciação infinita até à interior existência para si da própria consciência;
- 2º) A forma da universalidade que se encontra na cultura, no modo do pensamento pelo qual o espírito se torna objetivo e real, como totalidade orgânica, em leis e instituições que são a sua vontade pensada.⁴⁵

O Estado será, então, essa “realidade em ato da Idéia moral objetiva”⁴⁶ e “o espírito como vontade substancial revelada”⁴⁷. É “o racional em si e para si”⁴⁸ e “nele a liberdade obtém o seu valor supremo”⁴⁹. O Estado, como o vemos até hoje, é a máxima criação da vontade humana, e sua realização moderna, o ponto culminante da liberdade em movimento e o campo maior, absoluto e soberano por onde nosso mundo se move, seja em nossas realizações particulares, familiares e profissionais ou nas relações entre as nações existentes.

Como veremos, o próprio método dialético hegeliano de construção do Direito será essencial para a compreensão do *Lawfare* como manifestação do Direito, pois já que a história está em contínuo movimento, a mudança e a contradição são elementos decisivos para a transformação de qualquer objeto, seja ele um império, uma forma de governo, um modo de produção ou, no nosso caso, o próprio campo do Direito. Como Losurdo aponta, a dinâmica da Revolução Francesa, conforme assim observada por Hegel, é culminada a partir de uma “orientação negativa” do Iluminismo que meramente contribuiu para a destruição do Antigo Regime, que em si mesmo já estava decadente e

⁴⁵ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 204.

⁴⁶ HEGEL, G. W.F, *loc. cit.*

⁴⁷ HEGEL, G. W.F, *loc. cit.*

⁴⁸ HEGEL, G. W.F, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁹ HEGEL, G. W.F, *loc. cit.*

às vias da destruição⁵⁰, mas indicando, todavia, a capacidade transformadora da negação.

Mas, por enquanto, nos ateremos a esse ponto “final” da construção da liberdade através do Direito: o Estado.

1.6 HEGEL, O ESTADO E A GUERRA

O Estado em Hegel não configura somente, como em Hobbes, - a quem muitas vezes se comparam as concepções acerca do Estado - uma garantia de lei e ordem:

Ora, Hegel é comparado a Hobbes, segundo quem a obediência ao Estado é o maior dever civil - e se esquece que o Estado hobbesiano não é um Estado moral no sentido hegeliano, mas uma instituição pragmática para garantir a lei e a ordem. Ele não é o ponto de encontro do Espírito do Mundo com o espírito individual.⁵¹

O Estado hegeliano, como visto, representa um ponto culminante da história que se criou, impulsionada pela razão e em luta pela liberdade. Tampouco representa mera organização burocrática da vida em sociedade. O Estado condensa a cultura e liberdade dos povos, numa unidade ética, apresentando momentos de garantia de lei, ordem, organização da vida, da língua de cada povo e de sua história:

Por Estado ou nação Hegel entende uma cultura ou civilização, uma organização de liberdade. A Liberdade, não no sentido de licença mas no de liberdade organizada, só é possível nos Estados. Portanto, não há história, a menos que haja Estados organizados.⁵²

O caráter ético do Estado, como visto já em seu texto de juventude *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural: Seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito*, “consolida-se, gradualmente, a

⁵⁰ LOSURDO, Domenico. **Hegel e a liberdade dos modernos** – 1ª ed – São Paulo: Boitempo, 2019,

⁵¹ HARTMAN, Robert S. O significado de Hegel para a História. *In*: HEGEL, G. W.F. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001, p. 33.

⁵² HARTMAN, Robert S. O significado de Hegel para a História. *In*: HEGEL, G. W.F. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001, p. 27.

cada momento histórico, em figuras concretas, que são os povos”⁵³. Na organização interna dos povos, há uma multiplicidade de fatos que ocorrem - transformados em fatos jurídicos - e passíveis de organização estatal, “levando-os a uma coexistência pacífica”⁵⁴. Além do caráter interno, os diferentes Estados se relacionam como países, possuindo, portanto, uma existência externa. A forma de liberdade representada pelos Estados externamente se dá pelo princípio da soberania:

Logo, a segunda característica da existência ética de um povo será sua oposição a outros povos, que Hegel desenvolverá, detalhadamente, em sua teoria da soberania, na Filosofia do direito; **a soberania de um Estado, em relação aos outros, manifesta-se, especificamente, na guerra, contrariando frontalmente a tese da paz perpétua desenvolvida por Kant**⁵⁵ (grifo meu).

Quanto à soberania, Hegel desenvolve a Ideia do Estado com soberanias interna e externa; internamente, através do Direito político interno; externamente, através do direito externo. A soberania interna é o condão onde se identifica a *liberdade concreta*: onde os interesses particulares dos indivíduos convergem no interesse universal, dialeticamente. Através das instituições do Estado, o universal se produz enquanto o chamado “sujeito da subjetividade” age em busca de suas necessidades particulares, unindo, assim, direitos e deveres:

Este conceito da união do direito e do dever é uma das condições mais importantes para a força interna dos Estados, que nela está contida [...] Na verdade, não deve o interesse particular ser menosprezado e suprimido, mas, sim, conservado em harmonia com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados.⁵⁶

Assim, está formado o princípio pelo qual a eticidade é moldada, subordinado à soberania, mas longe de se constituir em um mero Estado autoritário:

Se o Estado é o espírito objetivo, então só como seu membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação

⁵³ BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. Apresentação: UM DIREITO DE NATUREZA ÉTICA E O MÉTODO ESPECULATIVO HEGELIANO. *In*: HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 23.

⁵⁴ BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. *loc. cit.*

⁵⁵ BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. *loc. cit.*

⁵⁶ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 213.

como tal é o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento, neste ato substancial e universal, têm o seu ponto de partida e o seu resultado. Considerada abstratamente, a racionalidade consiste essencialmente na íntima unidade do universal e do indivíduo, e, quanto ao conteúdo no caso concreto de que aqui se trata, na unidade entre a liberdade objetiva, isto é, entre a vontade geral substancial e a liberdade objetiva como consciência individual, e vontade que procura realizar os seus fins particulares; quanto à forma, constitui ela, por conseguinte, um comportamento que se determina segundo as leis e os princípios pensados, isto é, universais. Esta idéia é o ser universal e necessário em si e para si do espírito.⁵⁷

A constituição interna para si trata do momento da soberania interna o que pode ser traduzido como a política interna, em termos contemporâneos, trazendo: a) o poder do príncipe; b) o poder do governo; e c) o poder legislativo, nessa ordem o poder do príncipe representa “a subjetividade como decisão suprema da vontade”, o poder do governo “a integração no geral dos domínios particulares e dos casos individuais” e o poder legislativo “a capacidade para definir e estabelecer o universal”.⁵⁸

Note-se que Hegel via como o máximo desenvolvimento de sua época a chamada monarquia constitucional, como exemplo na nota ao parágrafo 273:

O aperfeiçoamento do Estado em monarquia constitucional é obra do mundo moderno, e nele a idéia substancial atingiu a forma infinita. A história deste aprofundamento íntimo do Espírito do mundo, ou, o que é o mesmo, este desenvolvimento livre em que a Idéia liberta os seus momentos [...] como totalidades a partir dele e, ao mesmo tempo, os contém na unidade ideal do conceito, que é onde reside a razão ideal, a história desta verdadeira formação da vida moral é o objeto da História universal.⁵⁹

Opondo o princípio da soberania ao despotismo, Hegel afirma que “[...] a soberania representa o que há de ideal nos domínios e atividades particulares [...]”⁶⁰, já que, em tempos de paz, permite que as atividades da sociedade civil sigam o caminho das realizações particulares,

mas, num estado de perturbação, quer de origem interna quer de origem externa, é a soberania que dita o conceito simples no qual se reúne o organismo que existe pelo sacrifício daquilo que, em outras

⁵⁷ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 205.

⁵⁸ HEGEL, G. W.F. *Ibid.* p. 228.

⁵⁹ HEGEL, G. W.F., *loc. cit.*

⁶⁰ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 233.

ocasiões, é justificado. É aí, então, que o idealismo do Estado alcança a realidade que lhe é própria”.⁶¹

Aqui, começa surgir a temática da guerra e o aparecimento da decisão soberana que, conforme Carl Schmitt, terá o poder de decidir sobre a exceção. Na soberania para o exterior (ou política externa) é que o conceito do poder do príncipe - a soberania como “subjetividade como idêntica à vontade substancial” - chegará à “existência [e] à legitimidade como ideal da totalidade”.⁶²

Para o filósofo, portanto, o Estado enquanto aquela totalidade ética específica de um determinado povo terá também a sua individualidade e sua manifestação de vontade, materializada através da decisão proferida pelo soberano.

Tal individualidade caracterizada pela soberania e pela independência tem, para o filósofo, o dever de assegurar sua existência e sua particularidade em face das outras, ou seja, Estado com Estado, encontrando-se, aí, o “elemento moral da guerra”:

No que assim propomos, encontra-se o elemento moral da guerra. Não e deve, porém, considerá-la como um mal absoluto, nem como uma simples contingência exterior com sua contingente causa não importa em quê: nas paixões dos poderosos ou dos povos, na injustiça etc., e, em geral, em algo que não deve ser [...].⁶³

Remetendo-se a seu texto de juventude *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural: Seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito*, Hegel reassegura a necessidade da guerra já que ela garante a “saúde moral dos povos” e, opondo-se a tese kantiana da paz perpétua, afirma que esta, antes, “faria estagnar os povos”:

A idealidade que aparece na guerra como orientada para o exterior num fenômeno contingente e a idealidade pela qual os poderes interiores do Estado são momentos orgânicos de um todo constituem, portanto, uma única e mesma idealidade, o que na aparência histórica se vê quando as guerras evitam felizes perturbações internas e consolidam o poder no interior do Estado. Os povos que não estão dispostos a suportar ou a que repugna a soberania interior são conquistados por outros, e com tanto menos êxito e honra se

⁶¹ HEGEL, G. W.F., *loc. cit.*

⁶² HEGEL, G. W.F. *Ibid.*, p. 263

⁶³ HEGEL, G. W.F. *Ibid.*, p. 264/265.

esforçarão por conquistar a independência quanto menos capazes se revelarem de chegar a uma primeira organização do poder interior do Estado (morre-lhes a liberdade do medo de morrer). Os Estados que têm a garantia da sua independência não nas Forças Armadas, mas em outras considerações [...] podem existir apesar de uma constituição que nem no interior nem no exterior lhes garante a tranquilidade [...]⁶⁴.

Por isso, através da guerra como manifestação da defesa da soberania, encontrar-se-á a finalidade do valor da coragem na forma moderna e superior, oposta à coragem individual, mas na defesa de um povo de sua cultura face à outra, surgindo as guerras de defesa e de conquista, que se transmutam uma na outra:

O objeto das questões entre Estados pode ser um aspecto particular das suas relações. A tais questões se dedica principalmente a classe particular destinada à defesa do Estado. Mas, se o Estado com tal, se a sua independência corre perigo então é dever de todos os cidadãos acorrerem à sua defesa. Se o todo assim se levanta em poder e se arranca à vida interior para voltar-se para o exterior, então a guerra de defesa transforma-se numa guerra de conquista⁶⁵.

Hegel termina a obra revolvendo-se no tema do direito internacional e seus mecanismos para evitar a guerra, mas legitimando-a quando “as vontades particulares não alcançam um comum entendimento”⁶⁶, já que, não existindo em seu tempo “uma vontade universal constituída em um poder que lhes é superior”⁶⁷ (tal como a Organização das Nações Unidas, hoje), e tendo relações baseadas unicamente na soberania, os Estados encontram-se uns perante aos outros “num estado de natureza”⁶⁸. Portanto, suas necessidades existenciais essenciais deverão ser garantidas, se não por meio dos acordos internacionais, através da guerra.

Sobre a polêmica com Kant acerca do tema da guerra e da paz e da centralidade da guerra para Hegel na organização e mesmo na criação de Estados diz Robert S. Hartman:

Ele (Hegel) não vê, como o fazia Kant, a incompatibilidade entre a organização militar e a democrática e, assim, usa a militar como único exemplo para a necessidade da obediência na democracia [...] Por

⁶⁴ HEGEL, G. W.F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 265/266.

⁶⁵ HEGEL, G. W.F. *Ibid.*, p. 266.

⁶⁶ HEGEL, G. W.F. *Ibid.*, p. 270.

⁶⁷ HEGEL, G. W.F. *Ibid.*, p. 269

⁶⁸ HEGEL, G. W.F., *loc. cit.*

outro lado, para Hegel a guerra é uma das expressões culturais do Estado, ou antes, sendo o meio para a destruição de Estados, a democracia é para ele a negação à criação de Estados ⁶⁹.

Fica claro que com uma análise da liberdade do ponto de vista formal até sua forma organizada através do Estado como exposta nos *Princípios da Filosofia do Direito* e atentando-se ao princípio de que “o que é racional é real e o que é real é racional” que a guerra, através do olhar do filósofo, pode ser justificada como manifestação da liberdade de um povo contra outro bem como, dado que as guerras são expressões reais de conflito, que são também racionais, posto que pensadas e desenvolvidas pelo homem.

Especialmente no final da obra *Princípios da Filosofia do Direito* estão os pontos mais interessantes para esse trabalho, pois a relação entre os Estados através do direito internacional e da guerra aparece como ponto final da história do Espírito como narrado por Hegel, partindo-se da liberdade moderna. A história, porém, não acabou nesse ponto, e tanto o Direito como a guerra se desenvolveram desde os tempos de Hegel para cá:

O estado presente da história, o de sua (de Hegel) época, era para ele o fim relativo, e não o fim absoluto do processo histórico mundial [...] O estado prussiano de seu tempo é o mais elevado desenvolvimento da história – relativa, não absolutamente. Nele o Espírito se realizou muito completamente *até aqui*⁷⁰.

Entretanto, a liberdade ainda aparece como motor da manifestação dos povos, que ainda se organizam através dos Estados, engendrados pelo Direito, e a guerra se desenvolveu em novas formas. Conforme veremos, uma destas formas de guerra é a utilização dos próprios mecanismos do Direito como arma de guerra – o *Lawfare*. A ligação do termo com a filosofia do Direito de Hegel está em que, partindo da liberdade, Hegel chegou à guerra – conceitos aparentemente contrastantes; agora, o próprio Direito aparece como forma de guerra unindo, definitivamente, o conceito de liberdade moderna, através do Direito, com a justificativa da guerra.

⁶⁹ HARTMAN, Robert S. O significado de Hegel para a História. *In*: HEGEL, G. W.F. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001, p. 34.

⁷⁰ HARTMAN, Robert S., *Ibid.*, p. 14.

O conceito de *Lawfare* surgirá para condensar, em um só momento, os movimentos iniciais e finais da filosofia do Direito hegeliana (Direito como liberdade e como guerra) ao verificarmos que o Estado contemporâneo é capaz de usar os mecanismos legais e jurídicos – que constituíram um marco civilizatório da modernidade - para fazer guerra; ou, então o próprio filósofo antecipou o *Lawfare* e, já em sua época, certa ambiguidade do Direito, ao anotar conceitos tão discrepantes entre si.

2. A ARMA DE GUERRA

Neste capítulo, adentraremos já no terreno do *Lawfare*, como espécie de antítese ao primeiro capítulo, no qual analisamos a liberdade sob o prisma da filosofia jurídica hegeliana.

Veremos como o *Lawfare* é o conceito mais contemporâneo e recente acerca da belicização do Direito e se insere dentro de outro conceito, o de Guerra Híbrida, o qual também será abordado.

Conforme vimos na obra de Hegel, partindo-se do conceito de liberdade, chegamos ao Estado e a manifestação da liberdade através deste pela guerra.

Convém delimitar que o Estado e a guerra dos tempos de Hegel – virada do século XVIII para o século XIX – são típicos daquele tempo e eivados de conceitos também típicos da época que, ao longo do tempo, foram mudando e se desenvolvendo.

Poderíamos nos perguntar se essa manifestação negativa do Direito - o *Lawfare* - poderia representar certa decadência do Direito formado a partir do movimento de “nascimento” da sociedade burguesa, do liberalismo, com impulso do Iluminismo. Ou se essa manifestação negativa já foi observada por outros pensadores - ainda que não com o conceito de *Lawfare*, dado ser este o mais contemporâneo dos conceitos - evidenciando que o projeto de liberdade burguesa (e como visto por Hegel sempre manejado pelo Direito) já nasceu decadente. Ou, ainda, se em termos hegelianos, o *Lawfare* constitui um *momento* do fenômeno jurídico, expressivo de uma noção moderna de guerra (guerra sem armas, guerra fria etc.) típica dos tempos atuais. Conforme veremos ao longo do trabalho, todas essas três hipóteses serão levantadas a partir dos autores abordados, podendo nos fazer tirar algumas conclusões a respeito do problema desta aparente contradição no seio do Direito.

2.1 CARACTERÍSTICAS E CONCEITO DO *LAWFARE*

O *Lawfare* é um conceito bastante recente que, já por se tratar de um neologismo entre as palavras law (Direito) e Warfare (guerra), já traz em si a

ideia do uso do Direito como uma arma de guerra⁷¹. Na obra *Lawfare: uma introdução*, Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim apresentarão a origem e a evolução do conceito de *Lawfare*.

Conforme os mencionados autores, os primeiros registros do tema remontam a um artigo publicado em 1975 por John Carlson e Neville Yeomans, onde se afirma que “o lawfare substitui a guerra e o duelo é com palavras e não com espadas”⁷². Os autores também mencionam a obra *Unrestricted Warfare* de Qiao Liang e Wang Xiangsui, de 1999, onde o conceito “[...] já figurava entre as formas alternativas de guerra, ao lado da guerra psicológica, da guerra de informação, da guerra tecnológica e da guerra econômica [...]”⁷³.

Contudo, o termo se popularizou no texto *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, escrito por um então coronel da Força Aérea estadunidense chamado Charles Dunlap. Nesta obra, o conceito ganhou o contorno mais contemporâneo como “[...] o uso da lei como a arma da guerra, é a mais nova característica do combate do século XXI [...]”⁷⁴.

A partir deste conceito e da observação da persecução penal contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, os autores, ao notarem o desconhecimento do conceito de *Lawfare* ou de sua confusão com a chamada “judicialização da política”, decidiram trazer uma definição mais precisa para o termo, incorporando elementos da teoria de guerra, entre elas as dimensões da estratégia e da tática a partir, especialmente, da obra de Carl von Clausewitz, conceituando o *Lawfare* como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”⁷⁵.

O “uso estratégico”, por sua vez, remete-se à definição do termo *estratégia* na obra *Da Guerra* de Carl von Clausewitz que “[...] traduz-se em ‘um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa

⁷¹ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução** – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

⁷² CARLSON, John; YEOMANS, Neville, 1975, *apud* ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 17.

⁷³ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 18.

⁷⁴ DUNLAP JR., Charles J., 2001, *apud* ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 18.

⁷⁵ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, **Lawfare: uma introdução** – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 26.

vontade”⁷⁶, enquanto a noção de *inimigo*, segundo os autores, apoiados no estudo de Raúl Zaffaroni sobre o inimigo no Direito Penal, é estranha ao Estado Democrático de Direito⁷⁷.

Para Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim, portanto, o *Lawfare* representa uma *contradição*, tendo em vista o Direito como ferramenta ou técnica que regula o uso da força e da violência, constituindo instrumento não de guerra, mas de manejo pacificador das controvérsias que se erigem na sociedade, nos marcos do Estado Democrático de Direito:

Por isso, o manejo da violência do Direito como meio para impor a vontade a determinado inimigo é a própria negação do Direito e dos direitos, ou, em outro dizer, *o uso do Direito como instrumento de guerra é uma radical contradição*. Podemos afirmar, por conseguinte, que o *lawfare* traduz um completo esvaziamento do Direito e, nessa medida, não configura uma categoria *neutra*, que ora pode ser empregada para fins louváveis, ora para fins reprováveis. *Lawfare*, em nosso entender, *sempre terá caráter negativo*, um fenômeno que sepulta o Direito⁷⁸.

Em Hegel, entretanto, como vimos, tanto os elementos positivos (liberdade, legalidade) quanto os negativos (guerra) são movimentos constitutivos do Direito, embora nem mesmo o filósofo pudesse prever o uso dos próprios elementos positivos para a prática beligerante. Frisa-se que, para o autor da *Ciência da Lógica*, o Direito Penal pertence à esfera da sociedade civil e sob nenhuma forma ao âmbito do direito externo. No *Lawfare*, entretanto, ao ser realizada a guerra movimentando-se os mecanismos estatais penais, o Direito Penal é alçado ao momento externo do Estado.

Os autores então partem para análise de algumas categorias denominadas contíguas ao conceito de *Lawfare*, mas que não podem ser confundidas com ele, tais como: *estado de exceção*, *ativismo judicial* e *guerras híbridas*.

A guerra híbrida caracteriza-se por um “modelo de guerra” que conjuga “[...] conhecimentos militares, comunicacionais, jurídicos e psicológicos para

⁷⁶ CLAUSEWITZ, Carl von., 2014, *apud* ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 23.

⁷⁷ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁸ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 27.

substituir os meios tradicionais de batalhas”⁷⁹ sendo o *Lawfare* uma de suas “facetas”, com a opção pelo uso do Direito como arma de guerra, considerando que outros meios podem também ser utilizados, em detrimento da guerra tradicional. Os autores concluem que “[...] as guerras híbridas e o lawfare guardam uma estreita relação, sendo este um importante instrumento daquelas”⁸⁰.

Assim partirmos do entendimento de que o *Lawfare* é um conceito autônomo de forma de guerra contemporânea, mas que se insere em um quadro maior no conceito de guerra híbrida, conceito este que terá impacto neste trabalho ao verificar se a evolução da guerra, do Direito e do Estado, nos termos do *conceito* hegeliano, condiz com a possibilidade da hipótese de o Direito ter se tornado uma arma de guerra, mesmo sendo fundado e permanecendo fenomenicamente como uma manifestação da liberdade.

Ao remeterem-se a teorias clássicas de guerra, Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim indicam que o *Lawfare* também opera em dimensões estratégicas e táticas, à semelhança da forma tradicional de guerra. Serão três as dimensões estratégicas: a geografia, o armamento e as externalidades. Já as táticas serão os meios de execução das dimensões estratégicas, sendo elementos correspondentes, nesse sentido “não é demais recordar que as táticas constituem meios de execução da estratégia e que, tanto na guerra convencional quanto no lawfare, devem ser analisadas em conjunto, porquanto *interdependentes*”⁸¹.

Citando Sun Tzu para quem “a escolha geográfica é, portanto, decisiva no êxito da batalha ou da guerra, constituindo [...] ‘um prenúncio de vitória’”⁸², os autores indicam que no domínio do lawfare “o campo de batalha aqui é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força”⁸³.

⁷⁹ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, **Lawfare**: uma introdução – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 33.

⁸⁰ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 34.

⁸¹ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 73.

⁸² TZU, Sun., 2001, *apud* ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, **Lawfare**: uma introdução – São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 36.

⁸³ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 36.

Quanto ao armamento, surge o uso das normas penais, através das leis, transferindo o Direito Penal de uma órbita interna para externa:

No tocante ao lawfare, o armamento é representado pelo ato normativo escolhido para vulnerar o inimigo eleito – ou, ainda, pela norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal. Entre os diplomas legais mais usados pelos praticantes de lawfare destacam-se os anticorrupção, antiterrorismo e relativos à segurança nacional. Isso ocorre porque tais leis, em regra, *veiculam conceitos vagos – manipuláveis facilmente -, ostentam violentas medidas cautelares e investigatórias e vulneram gravemente a imagem do inimigo*⁸⁴.

Já as externalidades envolvem estratégias externas ao universo jurídico em que se dá a batalha, mas que servem como força auxiliar gerando “[...] um ambiente favorável ou aceitável para o uso das armas jurídicas contra o inimigo”⁸⁵. Dentre as externalidades encontram-se a *mídia*, a *Guerra de Informações (Information Warfare)* e as *Operações Psicológicas: PSYOPS*. Conforme veremos em seguida, tais externalidades compõem a unidade no uso de guerras que caracteriza a guerra híbrida e que podem ser isoladamente consideradas como formas autônomas de guerra tanto quanto o próprio *Lawfare*.

2.2 A GUERRA E O ESTADO CONTEMPORÂNEOS: A NOÇÃO DE GUERRA HÍBRIDA

Resumidamente e como forma de atingir um conceito simples, a Guerra Híbrida pode ser definida como uma *armamentização da cultura*. Com o desenvolvimento dos conflitos armados no século XX, especialmente desde a 2ª Guerra Mundial e com o advento da Guerra Fria, a tecnologia e a forma de se utilizar a guerra passaram por diversas transformações, evoluindo a cada novo conflito que despontava no mundo, mencionando-se, especialmente, o papel da nação dominante neste século, os Estados Unidos da América:

Os EUA tradicionalmente são intervencionistas para fazer a manutenção de sua supremacia global, interferindo em assuntos internos de países soberanos de modo que seus interesses sejam respeitados: podemos citar inúmeros exemplos dessa dinâmica

⁸⁴ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p. 38.

⁸⁵ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael, *Ibid.*, p.51.

repetindo-se por todos os continentes: dos esforços feitos pelo Governo Kennedy para a Operação Condor ao treinamento das guerrilhas do Talibã no Oriente Médio e Ásia Central; da Guerra da Coreia durante a Guerra Fria até a Guerra do Golfo na década de 1990 e a Guerra ao Terror nos anos 2000. Com o decorrer do tempo, esse intervencionismo foi progressivamente otimizado, indo das intervenções militares em larga escala custosas financeira e politicamente, como no Vietnã, passando pela abordagem indireta com o treinamento de guerrilhas entre rebeldes nativos, como no Afeganistão, chegando então ao entender de que a cultura pode ser utilizada como uma arma⁸⁶.

Carl Schmitt também procurou conceituar as diversas modalidades de guerra que surgiram historicamente: guerra regular, guerra total, guerra colonial, guerra de resistência, guerra imperialista etc.⁸⁷ e ao ressaltar que “[...] os novos e modernos tipos e métodos de guerra forçam a refletir sobre o fenômeno da inimidade”, e implicam em mudanças de paradigma conceituais, relembrando a noção de movimento histórico observada em Hegel:

[...] na chamada Guerra Fria, quebram-se todos os eixos conceituais que o sistema tradicional de delimitação e circunscrição da guerra até agora suportou. A Guerra Fria zomba de todas as diferenciações clássicas entre guerra e paz e neutralidade, entre política e economia, militar e civil, combatentes e não combatentes – apenas não da diferenciação entre amigo e inimigo, cuja consequência constitui a sua origem e a sua essência⁸⁸.

Ao refletir sobre o problema de conceituação que o desenvolvimento bélico impõe, Carl Schmitt parece antecipar o advento da Guerra Híbrida: uma forma de guerra em que basicamente tudo (a cultura) pode ser usado como armamento e que “apaga” as distinções entre tempos de paz e guerra, entre legalidade e ilegalidade. Veremos mais adiante, a importância do trabalho deste autor.

Piero Leirner encara a guerra híbrida como uma “síntese de diversos elementos”, em uma expressão bastante hegeliana, a indicar que as diversas formas históricas de guerra que se desenvolveram podem ser utilizadas todas

⁸⁶ TOLEDO, J. P.; RITROVATI, T. G. Guerra Híbrida: Análise de uma perspectiva. **Conjuntura Global**, v. 10, n. 1, p. 48, 2021. DOI: 10.5380/cg.v10i1.81747. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/75867>. Acesso em: 06 abr. 2022.

⁸⁷ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2015.

⁸⁸ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 39/40.

ao mesmo tempo⁸⁹. Esquemática e historicamente, o autor desenvolve diversas “gerações” das formas de guerra conforme esboçado por William Lind:

[...] a 1ª Geração é “massa”, típica guerra pós paz de Westfalia (1648) [...] (ex, guerras napoleônicas); a 2ª seria “poder de fogo” [...] sendo o protótipo a 1ª Guerra; a 3ª seria a já mecanizada [...] como na 2ª Guerra; a 4ª seria a da computação, dos sistemas conhecidos como C3I (Comando, Controle, Computação e Inteligência). A “guerra irregular”, por si, engloba uma quantidade enorme de fenômenos, que vão de “guerrilha” ao “terrorismo”, e caracteriza-se por métodos combinados de emprego da força [...] Já a “guerra assimétrica” se define pelo conflito entre forças com poder de fogo e/ou táticas extremamente diferenciadas, usualmente caracterizada por forças regulares ou convencionais de um lado [...] e irregulares [...], de outro [...]⁹⁰.

A guerra híbrida, portanto, associaria as características dessas guerras, regulares ou não, à chamada guerra de 4ª Geração, incluindo-se as Operações Psicológicas. Nesse processo, Leirner reflete, tal como Schmitt, no “apagamento” da fronteira entre guerra e paz nessa forma contemporânea de guerra. Basicamente, de Hegel ao século XX, a concepção do Estado como ponto final sofreu um grande baque e a perda da delimitação da guerra no âmbito estatal, assunto caro a Schmitt, já que a guerra pode assumir diversas formas, nos leva a não perceber as guerras atuais já que os tempos de paz e guerra não se diferenciam mais claramente. Assim já que “a cultura” pode ser arma de guerra, o próprio Direito, como elemento da cultura e por utilizar-se de aparatos coercitivos dentro da legalidade, especialmente o aparato penal, pode ser utilizado facilmente também como arma, gozando ainda da aparência de legalidade, já que funciona dentro do âmbito estatal-legal, operada no conceito de *Lawfare*:

Parece que os cenários políticos contemporâneos têm ajudado um tanto a sustentar uma teoria que supõe uma volta da ligação entre guerra e política. Não é novidade que nos últimos anos muito tem se falado a respeito de uma certa inoperância do conceito de Estado-Nação para analisar vários eventos contemporâneos, entre eles a guerra. O fim da guerra fria, a dissolução de vários Estados, o terrorismo, as células independentes de combate, as forças mistas internacionais, a ideia dos Estados Unidos formando uma espécie de “polícia mundial”, entre outros fatores, foram pensadas como um enfraquecimento do Estado enquanto “monopólio legítimo da

⁸⁹ LEIRNER, Piero C. **O Brasil no espectro de uma guerra híbrida**: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica. São Paulo: Alameda, 2020.

⁹⁰ LEIRNER, Piero C. *Ibid.*, p. 99/100.

violência”, e acabaram produzindo, como contrafeito, mudanças na própria ideia de guerra⁹¹.

Entretanto, os Estados permanecem como forma principal de organização das sociedades, muito embora este apareça “[...] imbricado a corporações e entes privados, sendo então constituído pelos e constituindo os fundamentos da guerra híbrida”⁹². Tal reencontro do Estado com a guerra na modalidade contemporânea, híbrida, dessa vez sem a clara delimitação que demandava Carl Schmitt (como veremos melhor adiante), pode ser vista em uma citação de Deleuze e Guattari, onde a “máquina de guerra” parece ter se tornado maior que o próprio Estado:

A máquina de guerra se encarregou do fim, da ordem mundial, e os Estados não passam de objetos ou meios apropriados para essa nova máquina. É aí que a fórmula de Clausewitz se revira efetivamente, pois, para poder dizer que a política é a continuação da guerra por outros meios, não basta inverter as palavras como se se pudesse pronunciá-las num sentido ou no outro; é preciso seguir o movimento real ao cabo do qual os Estados, tendo-se apropriado de uma máquina de guerra, e fazendo-o para seus fins, devolvem uma máquina de guerra que se encarrega do fim, apropria-se dos Estados e assume cada vez mais funções políticas. [...] Sem dúvida, a situação atual é desesperadora. Vimos a máquina de guerra mundial constituir-se com força cada vez maior, como num relato de ficção científica; nós a vimos estabelecer como objetivo uma paz talvez ainda mais terrífica que a morte fascista; nós a vimos manter ou suscitar as mais terríveis guerras locais como partes dela mesma; nós a vimos fixar um novo tipo de inimigo, que já não era um outro Estado, nem mesmo um outro regime, mas ‘o inimigo qualquer’⁹³.

A dimensão atual do Estado com seus múltiplos enlaces era impensável ao tempo de Hegel, embora o próprio tenha mencionado a expansão privada para o exterior quando da análise da sociedade civil:

[...] o mar [...] estabelece, além disso, relações de tráfico entre os países mais afastados [...] o tráfico promove uma atividade jurídica que produz o contrato; constitui, ao mesmo tempo, um poderoso instrumento de cultura e nele encontra o comércio a sua significação histórica. [...] **Esta ampliação das relações oferece também um meio de colonização para a qual é impelida, numa forma sistemática ou esporádica, a sociedade civil adiantada.** É a colonização que permite a uma parte da população regressar, num

⁹¹ LEIRNER, Piero C. **O Brasil no espectro de uma guerra híbrida: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica.** São Paulo: Alameda, 2020, p. 148.

⁹² LEIRNER, Piero C. *Ibid.*, p. 171.

⁹³ DELEUZE, Giles; GUATTARI, Felix., 1997, *apud* LEIRNER, Piero C. *Ibid.*, p. 155.

novo território, ao princípio familiar e, ao mesmo tempo, obter novas aplicações para o seu trabalho⁹⁴ (grifo meu).

Ao tratar da colonização, somos remetidos ao conceito de *imperialismo*, também mencionado como uma das formas de guerra por Carl Schmitt, o qual surge como fase do capitalismo a partir do desenvolvimento do colonialismo ao capitalismo industrial.

Analisaremos, portanto, a diante, o problema da liberdade jurídica, ponto de partida da teoria do Direito de Hegel; a crise do Estado e o fim da guerra circunscrita em Carl Schmitt; e o conceito de Direito Penal do Inimigo em Günther Jakobs, tendo em mente o desenvolvimento histórico a partir da obra hegeliana a fim de averiguar a contradição entre a conquista da liberdade e a arma jurídica de guerra.

⁹⁴ HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed – São Paulo: Ícone, 1997, p. 201.

3. A LIBERDADE E A GUERRA: SÍNTESE

Neste capítulo, veremos algumas noções críticas ao conceito de Direito e seus temas de relevância para este trabalho, notadamente a liberdade e a guerra.

Tais contribuições inserem-se historicamente entre a obra hegeliana, durante o século XIX, notadamente a crítica de Marx ao capitalismo, durante o século XX, nas obras de Pachukanis e Carl Schmitt, e no início do século XXI, com a obra de Günther Jakobs.

O capítulo procura abordar criticamente a liberdade, a guerra e o Direito sob o prisma do desenvolvimento histórico, em um sentido hegeliano. Veremos como a crítica de Marx contribui para amenizar a contradição entre liberdade e guerra e já apresenta o Direito como um instrumento de opressão. Pachukanis, teórico soviético do Direito, aprofunda a breve contribuição de Marx acerca da compreensão do fenômeno jurídico e sua ligação com a guerra de classes, já abordando especificamente a instrumentalização do Direito Penal.

Em Carl Schmitt, veremos uma conceituação acerca da guerra e um paradigma de mudança em sua compreensão, ao início do século XX, o qual foi decisivo para o hibridismo da guerra – guerra sob diversas formas – possibilitando o advento do *Lawfare*.

Günther Jakobs, por sua vez, teoriza acerca da noção de inimigo no âmbito do Direito Penal e Direito Processual Penal, já tendo em vista conflitos do início deste século e antecipando o conceito de *Lawfare*.

.3.1 MARX, PACHUKANIS E A CRÍTICA DA LIBERDADE E DO DIREITO

Como vimos, o Direito, conforme Hegel, manifesta-se a partir do conceito de liberdade, chegando ao Estado como forma de liberdade organizada e tem na guerra uma manifestação dessa liberdade conquistada a ferro e fogo. A liberdade moderna, entretanto, e seu vínculo jurídico foram criticados por Karl Marx, especialmente na obra *O Capital*. Veremos que na obra de Marx e do jurista Pachukanis existem apontamentos que indicam um vínculo do Direito com a violência e a dominação, afastando-o da manifestação positiva conquistada pela Revolução Francesa: além de garantidor da liberdade e

igualdade modernas, por seu vínculo direto com o capital, o Direito é também um violento instrumento de poder. Na crítica marxista tanto o Direito como as próprias representações idealistas da liberdade, incluindo a hegeliana, serão colocados em cheque, revelando uma limitação crucial.

Karl Marx era explicitamente um discípulo da filosofia hegeliana. No prefácio à 2ª edição de sua obra *O Capital*, Marx menciona que sua exposição do *Capital* segue um método dialético diferente do de seu mestre, mas também defende a filosofia hegeliana:

Meu método dialético, por seu fundamento, difere do método hegeliano, sendo a ele inteiramente oposto. Para Hegel, o processo do pensamento - que ele transforma em sujeito autônomo sob o nome de ideia - é o criador do real, e o real é apenas sua manifestação externa. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material transposto para a cabeça do ser humano e por ela interpretado [...] Ao tempo em que elaborava o primeiro volume de *O Capital*, era costume dos epígonos impertinentes, arrogantes e mediocres que pontificavam nos meios cultos alemães, comprazerem-se em tratar Hegel tal e qual o bravo Moses Mendelssohn, contemporâneo de Lessing, tratara Spinoza, isto é, como um “cão morto”. Confessei-me, então, abertamente discípulo daquele grande pensador, e, no capítulo sobre a teoria do valor, joguei, várias vezes, com seus modos de expressão peculiares. A mistificação por que passa a dialética nas mãos de Hegel não o impediu de ser o primeiro a apresentar suas formas gerais de movimento, de maneira ampla e consciente. Em Hegel, a dialética está de cabeça para baixo. É necessário pô-la de cabeça para cima, a fim de descobrir a substância racional dentro do invólucro místico⁹⁵.

Em sua crítica do capital, Marx notou a ligação entre o direito e a forma econômica, muito embora, como vimos, Hegel incluiu alguns elementos da sociedade civil em sua filosofia jurídica. Na parte intitulada *A transformação do dinheiro em capital*, especificamente acerca da compra e venda da força de trabalho, Marx oferece uma crítica aos direitos especificamente modernos: liberdade, igualdade e propriedade.

Aqui, encontra-se um primeiro elemento de crítica ao Direito que historicamente, é bastante próximo do tempo de Hegel e uma primeira ligação da liberdade jurídica com um elemento opressivo.

Analisando a esfera da circulação, Marx procura demonstrar como a compra da força de trabalho e o consumo dessa força será essencial no processo da transformação do dinheiro em capital:

⁹⁵ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I – 33ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 28/29.

A mudança do valor do dinheiro que se pretende transformar em capital não pode ocorrer no próprio dinheiro. Ao servir de meio de compra ou de pagamento, o dinheiro apenas realiza o preço da mercadoria, que compra ou paga, e, ao manter-se em sua própria forma, petrifica-se em valor de magnitude fixada [...] A mudança tem, portanto, de ocorrer com a mercadoria comprada no primeiro ato D - M, mas não em seu valor, pois se trocam equivalentes, as mercadorias são pagas pelo seu valor. **A mudança só, portanto, origina-se de seu valor de uso como tal, de seu consumo. Para extrair valor do consumo de uma mercadoria, nosso possuidor de dinheiro deve ter a felicidade de descobrir, dentro da esfera da circulação, no mercado, uma mercadoria cujo valor de uso possua a propriedade peculiar de ser fonte de valor, de modo que consumi-la seja realmente encarnar trabalho, criar valor, portanto. E o possuidor de dinheiro encontra no mercado essa mercadoria especial: é a capacidade de trabalho ou a força de trabalho**⁹⁶ (grifo meu).

Em Marx, a força de trabalho será, portanto, a mercadoria que ao ser comprada na esfera da circulação e consumida na de produção, produzirá valor gerando riqueza para seu comprador.

Para que ocorra tal compra da força de trabalho, dirá Marx que certas condições devem ser preenchidas:

A fim de que seu possuidor a venda como mercadoria, é mister que ele possa dispor dela, que seja proprietário **livre** de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor do dinheiro encontram-se no mercado e entram em relação um com outro como possuidores de mercadoria, **dotados de igual condição**, diferenciando-se apenas por um ser o vendedor e outro o comprador, **sendo ambos, juridicamente, pessoas iguais**⁹⁷ (grifo meu).

Aqui tanto a liberdade jurídica como a igualdade, direitos clássicos conquistados pela Revolução Francesa, são as condições necessárias para a compra e venda da força de trabalho:

Para transformar dinheiro em capital, tem o possuidor do dinheiro de encontrar o **trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre nos dois sentidos, o de dispor, como pessoa livre, de sua força de trabalho como sua mercadoria, e o de estar livre, inteiramente despojado de todas as coisas necessárias à materialização de sua força de trabalho**, não tendo, além desta, outra mercadoria para vender⁹⁸ (grifo meu).

A liberdade jurídica, ponto de partida da filosofia de Hegel, é aqui, ponto de partida da exploração do trabalho, representando ao mesmo tempo, uma evolução em relação aos períodos de escravidão e servidão, mas ainda, uma

⁹⁶ MARX, Karl. *Ibid.* p. 197.

⁹⁷ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I – 33ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 198.

⁹⁸ MARX, Karl. *Ibid.* p. 199.

forma de exploração, tipicamente moderna. Enquanto a esfera da circulação é regida pela liberdade e pela igualdade, a esfera da produção será narrada por Marx como a história da exploração moderna e da barbárie do capital *versus* o trabalhador:

A esfera que estamos abandonando, da circulação ou da troca de mercadorias, dentro da qual se operam a compra e a venda da força de trabalho, é realmente um verdadeiro *paraíso dos direitos inatos do homem*. *Só reinam aí liberdade, igualdade, propriedade e Bentham*. Liberdade, pois o comprador e o vendedor de uma mercadoria - a força de trabalho, por exemplo - são determinados apenas pela sua *vontade livre*. *Contratam como pessoas livres, juridicamente iguais*. *O contrato é o resultado final, a expressão jurídica comum de suas vontades*. Igualdade, pois estabelecem relações mútuas apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente⁹⁹. (p. 206).

Mais adiante, na mesma obra, Marx explicitará a ligação do capital com a força e a guerra, no capítulo *A chamada acumulação primitiva*. Neste capítulo, surgem as formas de guerra coloniais e econômicas como fatores preponderantemente econômicos, constituindo a gênese da indústria moderna, no processo em que indicará também a gênese do conceito de imperialismo:

As descobertas de ouro e de prata na América, o extermínio, a escravização das populações indígenas, forçadas a trabalhar no interior das minas, o início da conquista e pilhagem das Índias Orientais e a transformação da África num vasto campo de caçada lucrativa são os acontecimentos que marcam os albores da era da produção capitalista. Esses processos idílicos são fatores fundamentais da acumulação primitiva. Logo segue a guerra comercial entre as nações europeias, tendo o mundo por palco. Inicia-se com a revolução dos Países Baixos contra a Espanha, assume enormes dimensões com a guerra antijacobina da Inglaterra, prossegue com a guerra do ópio contra a China etc¹⁰⁰.

Em todos esses processos, além da preponderância do sistema econômico moderno, será ressaltado por Marx o uso da força do Estado moderno, e, portanto, indiretamente, do Direito, no uso da força, para não dizer da guerra, para a conquista de territórios e produção de novas riquezas:

Os diferentes meios propulsores da acumulação primitiva se repartem numa ordem mais ou menos cronológica por diferentes países, principalmente Espanha, Portugal, Holanda, França e Inglaterra. Na Inglaterra, nos fins do século XVII, são coordenados através de vários sistemas: o colonial, o das dívidas públicas, o moderno regime tributário e o protecionismo. Esses métodos se baseiam em parte na

⁹⁹ MARX, Karl. *Ibid.* p. 206.

¹⁰⁰ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I, v. 2 – 31ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 872.

violência mais brutal, como é o caso do sistema colonial. **Mas todos eles utilizavam o poder do Estado, a força concentrada e organizada da sociedade para ativar artificialmente o processo de transformação do modo feudal de produção no modo capitalista, abreviando assim as etapas de transição. A força é o parceiro de toda sociedade velha que traz uma nova em suas entranhas.** Ela mesma é uma potência econômica¹⁰¹ (grifo meu).

Já Pachukanis, teórico do Direito soviético, por sua vez um discípulo de Marx, procura detalhar a relação entre o capital e o Direito observada por Marx. Pachukanis, utilizando-se do método desenvolvido por Marx, explicita que o Direito é um produto histórico específico da sociedade capitalista moderna:

A relação jurídica é, para usar um termo de Marx, uma relação abstrata, unilateral: nessa unilateralidade, ela se revela não como resultado do trabalho racional da mente de um sujeito, mas como produto do desenvolvimento da sociedade [...] O que Marx diz [...] é totalmente aplicável às categorias jurídicas. Elas, em sua aparente universalidade, exprimem, na realidade, um aspecto isolado da existência de um sujeito histórico determinado: a sociedade burguesa produtora de mercadorias¹⁰².

A crítica produzida por Pachukanis complementa, assim, a crítica de Marx especialmente àquela dirigida aos princípios erigidos pela modernidade após a Revolução Francesa: a liberdade e a igualdade, bem como a fragilidade da democracia burguesa, tudo a partir da análise do sujeito de direito das relações jurídicas, aquele que em Hegel possui liberdade e vontade, identificado, no marxismo como o proprietário das mercadorias, o capitalista:

A tese fundamental, a saber, de que o sujeito de direito das teorias jurídicas possui uma relação extremamente próxima com os proprietários de mercadoria, não precisa ser provada uma segunda vez depois de Marx [...] Aquela filosofia do direito cuja base é a categoria de sujeito com sua capacidade de autodeterminação (e nenhum outro sistema coerente da filosofia do direito foi apresentado pela ciência burguesa) é, com efeito, a filosofia da economia mercantil a estabelecer as condições mais gerais, mais abstratas, de acordo com as quais a troca pode se realizar em função da lei do valor, e a exploração se passa sob a forma de “contrato livre”. Essa opinião constitui a base daquela crítica que o comunismo dirigiu e dirige à ideologia burguesa da liberdade e da igualdade e à democracia burguesa formal, na qual “a república do mercado” mascara seu “despotismo da fábrica”¹⁰³. (p. 60/61).

A partir das relações de troca, Pachukanis identifica a formação do Estado moderno, o ponto final do desenvolvimento jurídico hegeliano, onde a

¹⁰¹ MARX, Karl, *loc. cit.*

¹⁰² PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo** – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017, p. 85.

¹⁰³ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Ibid.*, p. 60/61.

guerra externa surge como seu objetivo. O autor soviético ainda critica a incapacidade das ciências jurídicas de identificarem essa finalidade do Estado já que, pelos olhos de um juspositivismo fixado às normas, esse domínio pertence somente à vontade do soberano, à conveniência. Em outras palavras, à decisão sobre a exceção e ao âmbito da política:

O Estado “moderno”, no sentido burguês do termo, é concebido no momento em que a organização do poder de um grupo e de uma classe inclui em seu escopo relações mercantis suficientemente abrangentes. [...] A dominação de fato adquire um caráter jurídico público preciso quando surge, ao lado e independentemente dela, relações ligadas a atos de troca, ou seja, as relações privadas *par excellence*. Aparecendo a título de fiador dessas relações, o poder se torna um poder social, um poder político, que persegue o interesse impessoal da ordem. O Estado como organização do poder de classe e como organização destinada à realização de guerras externas não exige uma interpretação jurídica e, de fato, nem sequer a admite. Esse é um domínio em que reina a assim chamada *raison d'état*, ou seja, o princípio da conveniência nua e crua. O poder como fiador da troca mercantil, pelo contrário, não apenas pode ser expresso em termos jurídicos, mas, ainda, apresenta-se como direito, e apenas como direito, ou seja, mistura-se completamente à norma objetiva abstrata. Por isso, qualquer teoria jurídica do Estado que queira abarcar todas as suas funções se revelará necessariamente inadequada. Ela não pode ser o reflexo verdadeiro de todas as funções da vida do Estado; ela apenas oferece um reflexo ideológico, ou seja, deformado, da realidade¹⁰⁴.

As relações de troca explicarão, por sua vez, o Direito Penal embora Pachukanis reconheça que o Direito Penal moderno trouxe o elemento antigo da vingança¹⁰⁵, algo também observado por um pensador distante do marxismo como Nietzsche¹⁰⁶:

Dessa maneira, o direito penal se torna parte integrante da superestrutura jurídica, uma vez que encarna uma variedade dessa forma fundamental à qual a sociedade moderna está subordinada: a forma da troca de equivalentes com todas as suas consequências e implicações¹⁰⁷.

O jusfilósofo também observará já certa identidade entre o ato punitivo do Estado contra um inimigo externo na forma de guerra, quanto no ato punitivo

¹⁰⁴ PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo** – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017, p. 141/142.

¹⁰⁵ Cf. especialmente o capítulo *Direito e violação do Direito*, in: PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo** – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

¹⁰⁶ Cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁰⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. *op. cit.*, p. 173/174.

contra o criminoso interno, entrelaçando a jurisdição criminal moderna com os atos de exceção e de guerra:

A jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado que apenas em certo grau diferencia-se das assim chamadas medidas excepcionais aplicadas no momento da guerra civil. Ainda Spencer indicou por meio de uma perfeita analogia a identidade entre uma reação defensiva dirigida a um ataque externo (guerra) e a reação dirigida contra um infrator da ordem interna (defesa jurídica ou tribunal). [...] Entender o verdadeiro sentido da ação punitiva do Estado de classe é possível, apenas, partindo de sua natureza antagonista. [...] Qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou. [...] Dessa maneira, os interesses de classe imprimem a marca da especificidade histórica a cada sistema de política penal¹⁰⁸.

Já nas origens do Direito, portanto, em seus elementos principais, como a liberdade, ponto de partida da filosofia hegeliana do Direito, encontram-se críticas que indicam sua ligação com a opressão. Em termos histórico-filosóficos, já é uma crítica à base e ponto de partida da filosofia do Direito hegeliana onde a liberdade moderna, identificada com a burguesia, possui uma direta ligação com uma forma de opressão contemporânea, o que indica a fragilidade do conceito de liberdade erigido pela modernidade e uma primeira ligação sua com uma forma de violência - pelo viés marxista, uma guerra de classes, ainda que não uma guerra em termos bélicos.

Veremos, portanto a aproximação da temática da guerra com o Direito através da obra de Carl Schmitt, que já observando o século XX, pôde captar o desenvolvimento do conceito de guerra desde os tempos de Hegel e Marx.

3.2 O PROBLEMA JURÍDICO DA GUERRA E A APROXIMAÇÃO DA GUERRA E DO DIREITO PENAL EM CARL SCHMITT

Carl Schmitt erige sua obra opondo-se às teorias juspositivistas, apontando para as contradições existentes entre a norma dos ordenamentos e a decisão de fato, podendo-se considerar sua análise do fenômeno jurídico na temática do *poder*:

¹⁰⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Ibid.*, p. 172.

Carl Schmitt postula o fenômeno jurídico de modo intimamente ligado às manifestações do poder. O direito não é compreendido como uma processualidade formal e automática, isto é como se fosse uma decorrência lógica de competências previamente estabelecidas, como se fosse uma cadeia infinita de produção de normas jurídicas. Pelo contrário, o direito é compreendido como decisão independente das normas, como ato que instaura uma condição que não haveria de outro modo¹⁰⁹.

A criação de um direito público e sua relação com a guerra serão os temas de análise e preocupação de Schmitt em *O nomos da Terra*, onde será abordado o problema da mudança na ordem mundial a partir do século XX e seus efeitos sobre a compreensão conceitual e jurídica da guerra:

O grande tema de Schmitt é a *ordem do mundo*. Sua preocupação principal é o desenvolvimento do direito das gentes do velho direito público, centrado na Europa, para um direito internacional feito sob medida para as superpotências [...] Nesse cenário, a importância dos Estados recua em benefício dos grandes-espacos. Segundo ele, o *jus publicum europaeum* é o fundamento do sistema europeu de Estados, criado após o fim da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) e conhecido também como “sistema westfaliano”. A base desse sistema era a igualdade de direitos dos Estados europeus, reconhecidos como soberanos, e o direito da fazer a guerra [jus ad bellum]¹¹⁰.

Como vimos na análise da obra hegeliana, o Estado é o fundamento da liberdade produzida pelo Direito, e sua soberania é a manifestação da liberdade típica do Estado europeu do século XIX. Schmitt nota com certo pesar, entretanto, já no século XX, a decadência da era do Estado, a qual ele definirá como uma época *niilista*:

[...] A época da estatalidade chega agora ao seu fim. [...] Com ela, chega ao fim toda a superestrutura de conceitos relacionados com o Estado que um trabalho de pensamento de quatro séculos da ciência do direito do Estado e do direito das gentes eurocêntrico edificou. O Estado enquanto modelo da unidade política, o Estado enquanto portador do mais espantoso de todos os monopólios, nomeadamente o monopólio da decisão política, esta obra-prima da forma europeia e do racionalismo ocidental, é destronado. Mas os seus conceitos são mantidos, e mesmo ainda como conceitos *clássicos*¹¹¹.

No século XX, portanto, não se pode construir, já que é um tempo de destruição e em que os conceitos claros e definidores da época da estatalidade

¹⁰⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito** – 6ª ed – São Paulo: Atlas, 2018, p. 415/416.

¹¹⁰ VOIGT, Rüdiger. Apresentação da edição brasileira. *In*: SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 13.

¹¹¹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 30.

passam a se misturar e confundir - tal preocupação remete ao hibridismo dos tempos atuais e o conceito da Guerra Híbrida, onde se inscreve o *Lawfare*. Tal como Hegel, Schmitt tem evidente preocupação com a clareza dos conceitos e sua delimitação. E, em face da confusão dos tempos atuais quanto ao tema da guerra, sua preocupação mostrou-se concretamente fundada:

A circunscrição e clara delimitação da guerra contém uma relativização da inimizade. Cada relativização é um grande progresso no sentido da humanidade. [...] para o direito das gentes europeu, o direito da guerra inter-estatal que decorre sobre a terra, foi conseguido esse passo raro¹¹².

Com a derrubada desse sistema, temos a situação problemática da falta de uma nova delimitação; “[...] uma situação intermédia tão confusa entre forma e não-forma, guerra e paz [...]”¹¹³ no terreno conceitual que não espanta que o próprio Direito hoje tenha um conceito *seu* para seu uso bélico.

O sistema do *jus publicum europaeum*, segundo o jurista alemão, emerge a partir das tomadas de terra das grandes navegações e o surgimento do Estado como nova ordem territorial. Elementos dos tempos anteriores a esta época contribuíram para o sistema, entretanto. Schmitt por exemplo louva a seguinte distinção, essencial para a diferenciação atualmente barrada pelo *Lawfare*, entre inimigo e criminoso:

Acima de tudo, o direito romano foi capaz de diferenciar o inimigo, o hostis, e o bandido, o criminoso. [Os inimigos são aqueles que, publicamente, nos declaram ou a quem nós declaramos guerra: os restantes são ladrões ou criminosos]. Assim reza a sentença de Pompônio tantas vezes citada no Digesto, no título De verborum significatione, 11. A capacidade de reconhecer um justus hostis [inimigo justo] é o começo de todo direito das gentes¹¹⁴.

Tal época pré-global, justamente por não possuir uma imagem do globo que o apreendesse como um todo, embora tenha apresentado distinções entre paz e guerra, permaneceu sem alcançar facilmente uma circunscrição da guerra. A época medieval será caracterizada assim como *anarquista*, embora constituída sob uma “unidade fundamental de ordenação e localização”¹¹⁵ e que traz a contribuição da doutrina da guerra justa, em oposição ao *niilismo* do

¹¹² SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 32.

¹¹³ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁴ SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 49.

¹¹⁵ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 54.

século XX, pois este tem uma imagem concreta do globo, mas perdeu a unidade fundamental de ordenação e localização, conforme veremos adiante.

Com a formação do Estado moderno, este se propôs a superar as guerras civis e religiosas, circunscrevendo a guerra a uma “relação militar entre Estados”¹¹⁶. Buscando superar a busca de uma causa justa para uma guerra justa, a circunscrição da guerra pelo Estado parte agora para a noção de inimigo justo, “distinto do criminoso, isto é, daquele que é objeto de uma ação punitiva”¹¹⁷, justamente através do reconhecimento da soberania:

O direito das gentes europeu pós-medieval, da época interestatal do século XVI ao século XX, busca restringir a *justa causa*. O critério formal para determinar a guerra justa não é mais a autoridade da Igreja nos termos do direito das gentes, mas a *soberania dos Estados em igualdade de direitos*. A ordem do direito das gentes interestatal parte agora do *justus hostis*, em vez da *justa causa*, e considera toda guerra interestatal que envolva soberanos em igualdade de direitos como uma guerra em conformidade com o direito. Por meio dessa formalização jurídica obteve-se uma racionalização e humanização - em outras palavras, uma circunscrição da guerra - que foi mantida por duzentos anos¹¹⁸.

Ao circunscrever a guerra, sem discriminar o inimigo como criminoso, a justiça da guerra passou a repousar em sua forma, “na qualidade institucional e estrutural das formações políticas que fazem guerra entre si num mesmo plano e que apesar da guerra, não se veem reciprocamente como traidoras e criminosas”¹¹⁹, envolvendo exércitos e procurando separar o âmbito militar de todos os outros - o inverso do hibridismo conceituado na noção de guerra híbrida.

A partir do século XX, entretanto, a discriminação do adversário como criminoso anulará a igualdade e a reciprocidade da soberania, e um “sentido penal” passará a minar a antiga circunscrição da guerra:

Em contrapartida, a atual doutrina da guerra justa discrimina diretamente o adversário que leva adiante a guerra injusta. A própria guerra se transforma em um crime no sentido penal da palavra. O agressor é declarado criminoso no mais extremo sentido penal da palavra; é declarado um *outlaw* [fora da lei], como um pirata¹²⁰.

¹¹⁶ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 103. Note-se aqui a definição precisa de relação “militar”, não havendo espaço imaginável para outra forma de guerra além do combate militar.

¹¹⁷ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 126.

¹¹⁸ SCHMITT, Carl. . **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 126.

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. *Ibid.* p. 152.

¹²⁰ SCHMITT, Carl. *Ibid.* p. 127/128.

As consequências antevê Carl Schmitt, são nefastas:

No caso do conceito de guerra moderno e discriminatório, a distinção entre justa e injusta da guerra serve precisamente para que o inimigo não seja mais tratado como *justus hostis*, mas como criminoso. Em consequência, a guerra deixa de ser um conceito do direito das gentes, ainda que assassinatos, saques e aniquilações não terminem, e até mesmo aumentem com os meios modernos de aniquilação. **Enquanto a guerra, de um lado, transforma-se em ação punitiva no sentido do moderno direito criminal, o adversário, de outro, não pode mais ser um *justus hostis* [...] Ele perpetrou um delito no sentido criminal: um crime de agressão [...] Em consequência disso, a ação contra ele não é guerra, como tampouco é a ação da polícia estatal contra um gângster; em última análise - com a moderna transformação do direito penal em combate ao elemento socialmente pernicioso -, é mera execução, é uma medida contra um elemento pernicioso ou perturbador [...] A guerra é abolida, pois os inimigos não se reconhecem de modo recíproco no mesmo plano moral e jurídico. Isso pode ser a volta a um ponto de vista mais antigo; em alguns aspectos, também é o retorno [...] a um conceito quase teológico de inimigo¹²¹. (grifo meu).**

Já o *Lawfare*, por seu turno, utilizando-se dessa discriminação, tratará justamente o criminoso como inimigo e o inimigo como criminoso, contribuindo e servindo-se da “mistura” do Direito Penal com a esfera bélica.

Carl Schmitt localiza a derrocada de tal sistema a partir dos Estados Unidos, que se tornou um dos centros de poder mundiais após a Primeira Guerra Mundial e também das participações de diversos Estados do mundo que participaram dos tratados e acordos pós-Primeira Guerra, convertendo o direito das gentes europeu em direito universal ou internacional, sem procurar substituí-lo por uma nova ordem clara:

O que ocupava seu lugar não era um “sistema” de relações entre Estados, mas uma mistura confusa de relações fáticas coexistindo fora de todo laço espacial e sistemático, uma justaposição confusa e sem coesão espacial ou espiritual de mais de cinquenta Estados heterogêneos e suas possessões dispersas, com uma pretensa igualdade de soberania e direitos. Um caos sem estrutura, que já não era capaz de garantir uma circunscrição comum da guerra e para o qual, finalmente, não mais poderia valer sequer o conceito de “civilização” como substância de certa homogeneidade¹²².

Em tal mundo caótico, o antigo direito das gentes foi abolido embora pesem diversos tratados e acordos firmados sobre sua base, ou seja, considerando a antiga concepção de Estado, a qual, segundo vimos em

¹²¹ SCHMITT, Carl. *Ibid.* p. 130.

¹²² SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 251.

Schmitt, foi destronada, aparentando alguma normalidade e contribuindo para “pacificar” o mundo, criminalizando o inimigo e fazendo desaparecer o conceito de guerra. Como um dos fundamentos dessa nova doutrina, o jurista alemão identifica a Liga de Genebra, a qual pretendia pacificar o mundo e acabou levando-o a uma guerra de aniquilação sem precedentes:

[...] os múltiplos inconvenientes internos de uma organização [A Liga de Genebra] tão contraditória tinham origem na desordem espacial e quando desaparece o conceito de guerra. Em vez de circunscrever a guerra, estabeleceu-se uma rede de compromissos com base em fórmulas intencionalmente imprecisas e normas prudentemente estilizadas, logo submetidas a uma interpretação que pretendia ser puramente jurídica¹²³.

Dois aspectos devem ser ressaltados com o fim da circunscrição da guerra: a criminalização do inimigo, que de inimigo reconhecido como soberano, da antiga guerra de Estado *versus* Estado, passará a ser individualizado e responsabilizado criminalmente. Tal criminalização ecoará fortemente no conceito de *Lawfare*, pelo qual se pratica a guerra através do aparato criminal não formalmente contra um país, mas contra um indivíduo; e a possibilidade da guerra não de modo militarizado e “estatal”, mas abrindo-se caminho para diversas formas de guerra, incluindo-se a jurídica, também reverberando no conceito de *Lawfare* e no de Guerra Híbrida.

Quanto ao primeiro aspecto, Carl Schmitt observa como a Guilherme II, o ex-imperador alemão, fora feita uma tentativa de tratamento como criminoso de guerra no Tratado de Versalhes e nota a contradição desse método:

Segundo o critério vigente à época, o único sujeito do direito das gentes, mesmo no caso de delito segundo esse direito, era o Estado como tal. Um delito contra o direito das gentes não era, pois, um crime para o direito penal intraestatal. A guerra era considerada, rigorosamente, uma relação entre Estados, não entre indivíduos ou grupos. De acordo com o direito das gentes, a guerra não era travada por pessoas individuais, tampouco por chefes de Estado, mas pelo Estado como tal. O inimigo, um *justus hostis*, era diferente de um criminoso¹²⁴.

Igualmente, o autor mostra devida preocupação com as novas formas de conflito que podem advir ao se abolir o formato estatal da guerra, o que viria a se confirmar na Segunda Guerra Mundial e nos conflitos que se seguiram,

¹²³ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 261.

¹²⁴ SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 283.

especialmente na Guerra Fria, onde parece ter surgido um meio termo entre guerra e paz, algo impossível aos tempos da guerra circunscrita e novamente reverberando no hibridismo dos conflitos atuais:

A guerra entre Estados soberanos que se reconhecem mutuamente e exercem seu *jus belli* [direito de guerra] não pode ser um crime, e menos ainda um crime no sentido penal da palavra. Não pode haver uma criminalização da guerra interestatal enquanto o conceito de *justus hostis* continua em vigor. Nesse estágio, o termo “crime de guerra” não pode ser usado de modo que a própria guerra seja qualificada de crime. Portanto, o termo não se refere ao crime *da* guerra, que só é introduzido quando muda o significado dela. Refere-se a algo essencialmente distinto. Segundo o direito das gentes europeu clássico, sob o termo “crime de guerra” compreendem-se determinados atos cometidos *durante* a guerra, sobretudo por membros das forças armadas de um Estado beligerante [...] Essas normas baseavam-se no pressuposto de que a guerra era lícita e igualmente justa para ambos os lados. Se a própria guerra é proibida ou convertida em crime, elas devem experimentar uma transformação essencial¹²⁵.

Conforme o jurista alemão, além da Liga de Genebra, outros pactos e tratados do início do século XX contribuíram decisivamente para a alteração e desvirtuamento do conceito europeu de guerra, circunscrita através do reconhecimento das soberanias estatais, tais como o já mencionado Tratado de Versalhes, o Pacto e o Protocolo da Liga de Genebra, o Estatuto de Londres, que instituiu o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e, especialmente, o Pacto Kellog-Briand, conhecido como Pacto de Paris, o qual contribuiu significativamente para a transição do Direito das gentes europeu ao Direito Internacional propondo “[...] uma *condemnation* formal da guerra como instrumento de política nacional”¹²⁶ e transfigurou a ordem territorial, inserindo definitivamente uma nova linha global a partir do hemisfério ocidental, linha esta que tem nascimento identificado na Doutrina Monroe.

Se através desse processo histórico Carl Schmitt identificou uma penalização - no sentido do Direito Penal - do instituto bélico em si, outro pensador alemão identificou o *belicismo* do Direito Penal. Trata-se do conceito de *Direito Penal do Inimigo*, formulado por Günther Jakobs, o qual analisaremos brevemente como forma de complemento ao problema analisado

¹²⁵ SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 280.

¹²⁶ SCHMITT, Carl. . **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 303.

por Carl Schmitt e que vai de encontro ao conceito mais desenvolvido de *Lawfare*.

3.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günther Jakobs, baseando-se especialmente em obras de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, inicia seu tratado procurando afastar a relação de inimizade do campo do Direito, aproximando-a da noção de coação:

Denomina-se “Direito” o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal¹²⁷.

Há algo, portanto, diferenciador no Direito Penal, figurando aqui como o portador da forma mais intensa de coação.

Segundo o autor, já em Hobbes e Kant, é possível visualizar o Direito Penal do Inimigo, na medida em ambos os autores teorizaram uma diferenciação entre o cidadão e o inimigo.

[...] Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido [...] *O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra*¹²⁸.

Diferencia-se, entretanto, o conceito dos tempos de Hobbes e Kant, pois estes se referiam à figura do inimigo principalmente como um rebelde, um traidor do contrato social e que recaía no estado de natureza. Devia ser, portanto, tratado como inimigo e banido da sociedade, perdendo o *status* de pessoa. Atualmente, entretanto, conforme Jakobs, o problema é um tanto mais grave já que o legislador suspende as normas processuais em face de determinados criminosos, passando-se, abertamente, a uma legislação

¹²⁷ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 25.

¹²⁸ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 29/30

expressamente denominada de *luta* contra a criminalidade, em diversos âmbitos (crimes sexuais, econômicos, e terrorismo, por exemplo).

Neste caso, embora ainda não abertamente como formulado no conceito de *Lawfare*, Jakobs antevê o problema da suspensão das garantias e a ligação direta do Direito penal com a guerra, ao tratar da criminalidade como luta e do criminoso como inimigo:

[...] quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito [...] deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida¹²⁹.

Eis, portanto, algo já bastante próximo conceitualmente do conceito de *Lawfare*. Jakobs, tanto como Hegel e Schmitt, mostra preocupação com os *conceitos* diferenciadores: não se pode tratar o direito penal com conceitos de guerra, e a guerra com conceitos de direito penal. Entretanto, é o que vem ocorrendo desde a crise do Estado, diagnosticada por Carl Schmitt.

Schmitt vê no agrupamento amigo-inimigo, uma noção eminentemente política, o que configura o próprio conceito de político. Tal agrupamento orienta-se sempre para o caso da *emergência*; em outras palavras, o conflito bélico. Entretanto, mesmo que tal agrupamento se dê, inicialmente, por motivos não especificamente políticos (econômicos, ou no caso, como refletimos, criminais), se tal agrupamento desemboca para a designação de um inimigo, então, a matéria passa a ser política, de Estado e bélica, sendo uma noção totalmente estranha ao polo passivo de um processo penal.

A posição de Schmitt, de Jakobs ou dos teóricos do *Lawfare*, entretanto, é praticamente a mesma. Se se faz guerra, tal deve ser declarada explicitamente e não pode ser obscurecida sob a false égide de um processo judicial pretensamente justo.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *Ibid.* p. 37

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos como, já na obra de Hegel, os dois extremos que orientam esse trabalho - liberdade e guerra - fazem parte da mesma construção filosófica que tem por temática o Direito *exatamente como extremos*. Na primeira extremidade, parte-se da liberdade, percorrendo um longo caminho através das instituições jurídicas da personalidade, da sociedade e do Estado, chegando até a guerra, a relação externa dos Estados. Em Hegel, portanto, liberdade e guerra não se tratam de uma contradição, mas dois momentos do Direito havendo, não obstante, uma preponderância da ideia de liberdade sobre a da guerra, que pode surgir como justificativa para o conflito bélico, na medida em que a liberdade é a razão de todo o movimento do Direito na obra hegeliana.

Frisa-se que a contradição adquire significado especial na obra hegeliana, sendo instrumento de sua dialética. A dialética hegeliana é elemento motor dentro de todas as suas obras, e que também irá representar papel importante em sua concepção do fenômeno jurídico dentro da perspectiva da totalidade. A dialética em Hegel será a forma de compreensão lógica das contradições como momentos necessários do todo que se analisa. Sem contradição, em Hegel, não há desenvolvimento e movimento. Portanto, sob o prisma de sua filosofia, ainda que se considere haver uma enorme contradição entre os conceitos de liberdade e guerra, o momento da guerra - espécie de antítese da liberdade - é considerado como *necessário* para o próprio desenvolvimento da liberdade historicamente. Nesse ponto de vista, não há que se falar em uma real contradição entre liberdade e guerra, mesmo sob o ponto de vista jurídico, do Direito, de que trata Hegel.

Acerca da noção da liberdade, a contribuição de Karl Marx parece fornecer mais elementos para que essa contradição se atenuem. A liberdade conceituada por Hegel vem de uma longa tradição filosófica demarcada historicamente entre antes e depois do advento da Revolução Francesa, que consagrou a liberdade moderna. Marx, por sua vez, localiza elementos opressivos na tão louvada liberdade moderna, ligando-a, juntamente com a política e o Direito modernos, com a *guerra de classes* e o imperialismo, a dominação econômica de uma nação por outra.

Não obstante, a guerra aos tempos de tais autores era uma guerra circunscrita, delimitada militarmente e conceituada em termos estritamente bélicos, como vimos na obra schmittiana. Embora o Direito esteja presente como elemento da teoria hegeliana e também da análise de Marx, seria incabível ainda de se falar de uma *guerra jurídica* ou *Lawfare*. Com a queda do sistema do *jus publicum europaeum* abriu-se espaço para novas formas de guerra, não mais circunscritas e com regras determinadas, mas de forma totalizante, juntando-se ao armamento militar, sanções econômicas, boicotes, espionagens, e mesmo o próprio Direito, através dos mecanismos do sistema penal. A contradição, então, do ponto de vista dos autores de *Lawfare: Uma Introdução*, seria do uso desse mecanismo, historicamente uma conquista civilizatória, como forma de uma guerra não circunscrita - portanto sem regras, suspendendo o Estado de Direito. Em Günther Jakobs, por sua vez, vimos uma nova conceituação, mais contemporânea e que precede o conceito de *Lawfare* e que corresponde com o problema do fim do sistema do *jus publicum europaeum* denunciado por Carl Schmitt.

Se seguirmos, de certa forma, o método hegeliano e analisarmos todas essas mudanças teóricas como elementos necessários do desenvolvimento histórico, vemos que devido ao projeto de liberdade manejado pelo Direito ser frágil e já dependente de uma forma de guerra (de classes), como analisado por Marx, e desembocando em um Estado organizado para o poder, domínio e guerra, era evidente a queda do sistema de Estados do século XIX, como visto em Carl Schmitt, e a assunção de novas e assustadoras formas de guerra, a fim de ampliar os modos de dominação. Analisando criticamente, portanto, não há contradição entre a liberdade moderna e a guerra, nem mesmo no uso do Direito como arma já que, em sua gênese, o Direito aparece ligado a uma forma específica de opressão. Ocorre que essa forma extrema de guerra se desenvolveu a partir da queda do sistema do *jus publicum europaeum*, onde a falta de delimitação entre os campos penal e bélico, a partir da extinção da figura do inimigo justo, permitiu o florescimento do *Lawfare* contemporâneo e da noção de Guerra Híbrida. Assim, o *Lawfare* surge como *momento necessário* de uma contradição que só se exasperou desde o início do século XX, como vimos em Schmitt, mas que já se mostrava viva no século XIX, conforme Hegel e Marx.

Todavia podemos e devemos, como Carl Schmitt, Günther Jakobs e os autores de *Lawfare: Uma Introdução* denunciarmos e apontarmos as razões dessa instrumentalização do Direito. Há que se chamar, afinal, as coisas pelo seu nome e o Direito e a liberdade, por si, não são o mesmo que guerra.

5. REFERÊNCIAS

BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. Apresentação: UM DIREITO DE NATUREZA ÉTICA E O MÉTODO ESPECULATIVO HEGELIANO. *In*: HEGEL, G. W.F. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HARTMAN, Robert S. O significado de Hegel para a História. *In*: HEGEL, G. W.F. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história – 2ª ed – São Paulo: Centauro, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito** – 2ª ed. – São Paulo: Ícone, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito – São Paulo: Edições Loyola, 2007.

INÁCIO, Bruno Richard. DO DIREITO ABSTRATO À MORALIDADE SUBJETIVA: Hegel e a possibilidade do reconhecimento de si. **Revista Científica On-line Tecnologia – Gestão – Humanismo**, São Paulo, v. 8, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/113797450-Do-direito-abstrato-a-moralidade-subjetiva-hegel-e-a-possibilidade-do-reconhecimento-de-si.html>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

LEIRNER, Piero C. **O Brasil no espectro de uma guerra híbrida**: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica. São Paulo: Alameda, 2020.

LOSURDO, Domenico. **Hegel e a liberdade dos modernos** – 1ª ed – São Paulo: Boitempo, 2019.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I – 33ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I, v. 2 – 31ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito** – 6ª ed – São Paulo: Atlas, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NOVELLI, Pedro Geraldo Aparecido. A CRÍTICA DE HEGEL AO CONCEITO DE LEI EM KANT. **Revista Páginas de Filosofia**. São Paulo, v. 1, n. 1, jan.-jul., 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/PF/article/view/866/959>>. Acesso: 12 mai. 2022.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo** – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

RAMOS, César Augusto. A CRÍTICA DE SCHMITT E DE HEGEL AO LIBERALISMO. **Trans/Form/Ação – Revista de Filosofia**, São Paulo, v. 18. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/trans/a/gBDrpRmdwsHRCnsWnM7S4HG/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

RAMOS, César Augusto. A RECEPÇÃO CRÍTICA DE HEGEL À CONCEPÇÃO DE LIBERDADE COMO DIREITO SUBJETIVO NO JUSNATURALISMO MODERNO. **Dissertatio – Revista de Filosofia**, Pelotas, v. 31, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8778>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

RAMOS, César Augusto. HEGEL E A CRÍTICA AO ESTADO DE NATUREZA DO JUSNATURALISMO MODERNO. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2011000100005>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

SAFATLE, Vladimir. A FORMA INSTITUCIONAL DA NEGAÇÃO: HEGEL, LIBERDADE E OS FUNDAMENTOS DO ESTADO MODERNO. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 53, n. 125, 2012, p. 149-178. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2012000100008>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2015.

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.

TOLEDO, José Paulo; RITROVATI, Talissa Gabriela. Guerra Híbrida: Análise de uma perspectiva. **Conjuntura Global**, v. 10, n. 1, p. 48, 2021. DOI: 10.5380/cg.v10i1.81747. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/75867>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

VOIGT, Rüdiger. Apresentação da edição brasileira. *In*: SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum*** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.

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