

# COMUNIDADE INTERNACIONAL E OLIGARQUIA\*

## COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE ET OLIGARCHIE

RAPHAËLE RIVIER\*\*

Compreender os vínculos entre a comunidade internacional e a oligarquia pelo prisma do direito internacional e da prática dos atores jurídicos significa reunir dois objetos que não existem no direito – pelo menos não de forma determinada – mas sim no discurso do direito e no discurso sobre o direito. Esse exercício soleva diversas dificuldades.

A primeira é que o direito internacional considerado como um todo não é uma “comunidade jurídica internacional”. A falta de homogeneidade de uma comunidade de Estados articulada em torno da soberania de cada um deles não permite a construção de uma unidade – correspondente a todos os Estados, à sociedade internacional, à humanidade etc. – distinta do todo que ela forma e de modo a atuar em representação de um interesse próprio. A ordem jurídica internacional não conhece nenhum sistema imposto de cima para baixo, por uma autoridade pública que viria a personificá-la – assim como o Estado é a personificação de sua ordem interna. Trata-se de uma ordem jurídica compartilhada por sujeitos iguais, entre os quais o poder jurídico é atomizado. Todos eles detêm uma parte deste poder, que exercem em seu próprio nível, para si mesmos e em seus próprios interesses. Com base em uma proliferação caótica de iniciativas estatais unilaterais, a gestão da crise de saúde internacional ligada à pandemia da Covid-19 é apenas mais uma ilustração disso. A sociedade internacional decididamente não é uma comunidade baseada no direito. No entanto, atualmente, uma sociedade globalizada cuja privatização relega os Estados e suas legislações nacionais, bem como as instituições intergovernamentais, a uma forma de impotência. A única comunidade estabelecida no direito positivo como uma entidade jurídica separada de seus membros é a “comunidade internacional de Estados como um todo”. Trata-se de autoridade com o poder jurídico de elevar as normas ordinárias do direito internacional geral à categoria de normas peremptórias (*jus cogens*). Pessoa jurídica com vontade própria, em virtude do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ela disciplina o poder dos Estados de decidir sobre o conteúdo de suas relações jurídicas com referência a um interesse público superior aos interesses particulares

---

\* O artigo “*Communauté internationale et oligarchie*” foi originalmente publicado na revista *Droits: revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, Vol. 71, 2020, pp. 111-151 e foi traduzido para a língua portuguesa por Sofia Araújo Oliveira Pereira (E-mail: aopereira.sofia@gmail.com) e revisado por Lucas Carlos Lima (E-mail: lclima@ufmg.br).

\*\* Professora da Faculdade de Direito da Sorbonne, Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

dos Estados.<sup>1</sup> Em primeiro lugar, essa comunidade não é uma comunidade de povos ou indivíduos, mas uma comunidade de Estados. Em segundo lugar, essa comunidade interestatal não tem um órgão capaz de expressar sua vontade. Ela é desencarnada. Por fim, essa comunidade atua como uma autoridade pública (supra)estatal com o único propósito de defender a ordem pública internacional. Ela não é a representação jurídica geral de uma ordem jurídica interestatal ou universal, da qual o Estado seria uma subdivisão intermediária. Ela coexiste com os Estados, que são e continuam sendo as unidades básicas da ordem jurídica internacional.<sup>2</sup> Ao mesmo tempo, embora o direito internacional não estabeleça nenhuma comunidade-humanidade, ele faz da “Humanidade” uma entidade legal detentora de um patrimônio próprio, o “Patrimônio comum da Humanidade”, que hoje confunde-se com os recursos dos fundos marinhos.<sup>3</sup> Portanto, comunidades jurídicas fragmentadas, setoriais e funcionais estão em ação. A comunidade pública interestatal, que estrutura a comunidade política dos Estados e incorpora a ordem jurídica internacional como um todo, é um mito. Assim como a comunidade internacional cosmopolita mais ampla, a de um “povo internacional” detentora de interesses universais. E muitos mitos existiram no passado e continuam existindo hoje.

A segunda dificuldade decorre do exposto acima. Se considerarmos a comunidade internacional pelo que ela é sociologicamente, ou seja, uma coletividade de Estados, se a visualizarmos como uma comunidade política internacional, então a oligarquia e a comunidade internacional parecem se excluir mutuamente. Pensar essa comunidade e seu direito em termos do governo de um pequeno número parece uma abordagem em desacordo com o próprio direito internacional, que também distribui o poder jurídico (para criar o direito, torná-lo vinculante, interpretá-lo, aplicá-lo etc.) entre suas unidades soberanas. Do

- 
- 1 De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena em 23 de maio de 1969: “Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”
  - 2 Sobre essa apresentação do Estado, veja o magnífico estudo de ARANGIO-RUIZ, G. L’Etat dans le sens du Droit des gens et la Notion du Droit international. *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 26, 1975.
  - 3 Essa Humanidade é representada por uma organização intergovernamental personificada, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, à qual a Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 confia o gerenciamento da Área, no interesse da Humanidade. Há também a questão da natureza e do status dos recursos naturais da Lua e do espaço sideral. Entretanto, na ausência de participação no Tratado da Lua de 1979 e na ausência de arranjos institucionais, a exploração desses recursos está sujeita ao regime de liberdade sob a autoridade pessoal do Estado de registro, que se aplica à *res nullius*, de acordo com a pretensão de certos Estados, em particular os Estados Unidos – cf. 114TH CONGRESS. U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act (H.R.2262). Dezembro de 2015.; e TRUMP, D. J. Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources. 6 de abril de 2020, disponível em: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2020/04/Fact-Sheet-on-EO-Encouraging-International-Support-for-the-Recovery-and-Use-of-Space-Resources.pdf>.

ponto de vista do direito internacional e, portanto, do ponto de vista do jurista que adota esse ponto de vista, a comunidade política internacional obedece a um modelo anárquico de distribuição de poder. A ausência de uma comunidade jurídica internacional como a encarnação do sistema internacional condena qualquer forma oligárquica de governo, assim como impede sua governança democrática: o pertencimento de cada Estado ao poder implica que este não pode ser exercido em nome ou em consideração de um interesse geral na ausência de uma autoridade centralizada capaz de constituí-lo, mas, na melhor das hipóteses, exercido em vista de um interesse comum – uma competição de interesses individuais auto apreciados.

Neste ponto, surge uma terceira dificuldade, de natureza metodológica. Acaba-se de dizer que a soberania, e com ela a igualdade entre os Estados, impede que o menor número imponha sua vontade ao maior número. Foi argumentado que a oligarquia surge de qualquer forma de organização. “Quem diz organização, diz oligarquia”.<sup>4</sup> Eis a “lei de ferro” da oligarquia.<sup>5</sup> A sociedade internacional não está isenta disso. É evidente que alguns Estados têm mais peso do que outros devido à sua força econômica, à sua capacidade militar, à sua *expertise*, ao tamanho de sua população ou de seu território, aos recursos naturais à sua disposição ou a outros fatores. Nos sistemas democráticos, a submissão de fato das massas a uma minoria governante foi apresentada como reveladora dos limites ontológicos da “ficção” da representação popular. Esta última pressupõe que o poder pertence *ao* povo tanto quanto é exercido *pelo* povo; postula que o direito procura, com graus variados de sucesso, ancorar-se na realidade instituindo mecanismos capazes de expressar essa vontade do povo – Aron diz a esse respeito que a lei da oligarquia “não parece decepcionante ou escandalosa senão aos democratas inclinados a acreditar que o poder do povo é exercido pelo povo”.<sup>6</sup> No sistema anárquico da comunidade internacional, a realidade oligárquica decorre de uma situação simetricamente oposta: a ausência de um mecanismo representativo de uma unidade jurídica distinta dos Estados – em outras palavras, a ausência de uma “vontade geral” – coloca certos Estados ou certos grupos de Estados em uma posição oligárquica, em posição de dominar a maioria. Em outras palavras, a igualdade formal é a origem da oligarquia. Assim como a representação popular, essa igualdade formal é uma construção do direito. No entanto, é uma construção muito menos ambiciosa. Procedimental, ela não tem um objetivo final porque não representa a igualdade no contexto

4 MICHELS, R. *Les partis politiques: Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties* (1911). Paris: Champs-Flammarion, 1971

5 *Ibid.* e cf. MENY, Y.; DUHAMEL, O. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: Presses universitaires de France, 1992, p. 674.

6 ARON, R. Classe sociale, classe politique, classe dirigeante, *Archives Européenne de Sociologie*, n°2, 1960, pp. 260-282, p. 266.

de uma comunidade de direito.<sup>7</sup> Significa que nenhum Estado pode ser obrigado a aceitar um elemento do direito contra sua vontade, mas não implica que os Estados também estejam em posição de fazer com que sua vontade real coincida com sua vontade jurídica, suas aspirações na prática com suas realizações jurídicas. Falar de uma realidade oligárquica na comunidade política internacional é expressar e enfatizar que os Estados não exercem seu poder jurídico em condições materiais equivalentes. Essa observação não desmente de forma alguma a “ficção” da igualdade formal porque – mesmo supondo que uma ficção possa ser desmentida quando não passa de uma representação legal – essa igualdade não postula nenhuma igualdade substancial entre os Estados. Isso significa que o direito toma os Estados como juridicamente semelhantes, posto que não o são de fato, e que não têm, pelo menos juridicamente, vocação para se tornarem iguais. Por meio de sua organização íntima e da maneira como é estruturado, o direito internacional é a representação da comunidade política internacional tal como ela é, e não como deveria ser à luz de um ideal normativo preconcebido. Ele proíbe a concentração do poder jurídico, mas, como não pressupõe uma comunidade de valores, não tem como objetivo remediar as disparidades de poder e situação. Por si só, ele não se opõe à dominação de fato de muitos por poucos.

Com os termos do debate esclarecidos, a única coisa que parece caber à análise do jurista é discernir se e de que forma o próprio direito internacional contribui, desta vez de forma ativa, para colocar determinados grupos de Estados em uma posição de oligarquia, se ele próprio está do lado dos mais fortes, dos melhores, dos “sábios”, dos velhos ou dos jovens, dos mais ricos, dos mais fracos, dos dissidentes. A esta pergunta, a resposta deve ser diferenciada. O sistema internacional disponibiliza aos Estados aptos a defender suas causas e alcançar seus objetivos um conjunto de meios jurídicos para preservar sua posição de dominação. Entretanto, seria errado concluir que existe uma minoria governante homogênea de Estados e uma maioria governada estável e coerente. Essa visão ocultaria o pluralismo dentro da classe dominante e até mesmo a pluralidade de classes que detêm o poder ou o cobiçam, aspiram a governar e se sobrepõem apenas na medida ditada por seu interesse comum (ou seja, a convergência de seus interesses particulares).<sup>8</sup> A oligarquia de fato no complexo sistema da comunidade política internacional é composta, elástica, multifacetada, com poderes de conteúdo diferentes (de liderança, de bloqueio, de contestação).

---

7 Sobre a neutralidade do direito internacional, e o fato de que ele não é designado para a busca de nenhum objetivo predeterminado, cf. KOSKENNIEMI, M. *A quoi sert le droit international*. In: KOSKENNIEMI, M. *La politique du droit international*. Paris: Pedone, 2007, p. 321-356.

8 O pluralismo dentro da classe dominante foi destacado por DAHL. R. *Qui gouverne?* Paris: A. Colin, 1971; enquanto R. Aron mostrou a pluralidade das classes dominantes ARON. R. *Classe sociale, classe politique, classe dirigeante*. *Archives Européenne de Sociologie*, nº 2, 1960 em termos particularmente inspiradores e férteis para explicar a maneira como o poder é distribuído na sociedade internacional.

Com sua geometria variável, ela evoca o modelo de uma “poliarquia”, ou seja, de uma *poli-oligarquia* feita de alianças circunstanciais, “oligarquia de oligarquias”, talvez<sup>9</sup> – uma oligarquia, em todo caso, de classes dominantes plurais competindo pelo poder. Nessa batalha, a figura da comunidade internacional é constantemente invocada. Embora não seja uma representação da ordem jurídica internacional, ela expressa todos os símbolos possíveis no discurso dos atores do direito – um fato sociológico, uma ordem transcendente, uma entidade a ser criada, uma comunidade interestatal ou universal – e serve à pretensão das diferentes classes dominantes de governar o mundo.

A ausência de estruturação da comunidade política internacional em uma comunidade de direito leva a um governo por um pequeno número de classes dirigentes (I), cuja competição e reivindicações de poder são orquestradas pela retórica da comunidade internacional (II).

## **1. A AUSÊNCIA DE UMA COMUNIDADE POLÍTICA INTERNACIONAL: O GOVERNO DA COMUNIDADE POLÍTICA INTERNACIONAL POR UM PEQUENO NÚMERO DE CLASSES DIRIGENTES (OU POR AQUELES QUE ASPIRAM AO PODER)**

A sociedade internacional foi construída como uma sociedade de Estados iguais em direito, que eram aproximadamente iguais em poder e que compartilhavam aspirações suficientes para reconhecer uns aos outros como “pares”. Essa comunidade política era de fato governada por um pequeno número de Estados, mas era governada por todos eles. Cada um agia para satisfazer seus próprios interesses, mas suas agendas individuais convergiam. Eles perseguiram um interesse comum. As mudanças na composição da sociedade internacional após a Segunda Guerra Mundial e sua profunda heterogeneidade não levaram a uma reformulação de sua organização jurídica pela criação de uma comunidade de direito no sentido de um sistema que envolvesse modos centralizados de produção, estabelecimento e aplicação de normas adotadas tendo em vista o interesse geral. A comunidade política internacional continua sendo um regime predominantemente anárquico que impede tanto a oligarquia plena quanto a democracia plena. Como seu direito é estruturalmente organizado como um direito de iguais, ele autoriza ambas ao mesmo tempo, assim como permite que as potências (muito) grandes assumam uma magistratura “monárquica”. A natureza “mista” de tal regime cumpre as duas principais funções do direito internacional. A primeira é satisfazer as reivindicações de poder dos Estados poderosos. A segunda é oferecer um prenúncio de mudança para todos os outros.<sup>10</sup>

9 ALLOT. P.; *The Emerging International Aristocracy*. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 35, n°2, pp. 309-338, 2003, p. 326.

10 Sobre a análise em termos de um “regime misto” para explicar os regimes democráticos contemporâneos como uma mistura de vários componentes, *cf.* RAYNAUD, P.; GAUCHET, M. La

## Oligarquia institucional

*Governo pelos “melhores” na manutenção da paz* – A Carta de São Francisco articula um mecanismo de segurança coletiva a partir do Conselho de Segurança, um órgão integrado das Nações Unidas composto por quinze membros. Desses membros, que representam menos de dez por cento dos Estados Membros das Nações Unidas, dez são eleitos, enquanto cinco são identificados pelos seus nomes na Carta – daí seu caráter “permanente”.<sup>11</sup> Como tal, eles são inamovíveis – a Carta só pode ser emendada com seu consentimento unânime<sup>12</sup> – e têm o poder individual de bloquear a adoção de qualquer decisão mesmo que essa obtenha a maioria necessária de votos (“o direito de veto”), ainda que se refira a uma situação que lhes diga respeito – seu próprio comportamento sendo, portanto, insubmisso ao mecanismo de segurança coletiva.<sup>13</sup> A situação de superioridade dos membros permanentes é ainda mais acentuada pelo fato de a Carta conferir ao seu órgão decisório poderes jurídicos incomparáveis: o poder de tomar medidas coercitivas sem o uso da força armada (embargos, bloqueios, restrições comerciais, criação de jurisdições, sanções contra indivíduos, etc.), bem como o direito exclusivo de usar a força (que se tornou um direito de autorizar os Estados Membros a usar a força), por meio de decisões que são obrigatórias para todos e, além disso, prevalecem sobre todos os acordos internacionais comuns em virtude do Artigo 103 da Carta.

A posição hierárquica dos membros permanentes do Conselho de Segurança é derivada do direito, da vontade conjunta das partes da Carta. Como buscavam assegurar os recursos dos Estados com capacidade concreta para realizar ações militares decididas em nome das Nações Unidas, ou para bloqueá-las,<sup>14</sup> os fundadores da Organização elevaram os vencedores da Segunda Guer-

---

démocratie dans l’histoire. Echanges. *Droits*, n° 48, pp. 147-158, 2009. De uma perspectiva um pouco diferente, mas que contribui para uma ideia semelhante, Serge Sur desenvolve a ideia de que cada norma comporta uma dimensão tríplice de organização, utopia e registro, e, em relação ao direito internacional, afirma: “na sua dimensão utópica, o direito internacional é um direito dos fracos, que tende ou deveria tender a compensar e corrigir desigualdades; em sua dimensão organizacional, é um direito de iguais (alguns, no entanto, permanecem mais iguais do que outros), com base no princípio da igualdade soberana dos Estados, um princípio organizador essencial da sociedade internacional; que, em sua dimensão de registro, é um direito dos poderosos, consagrando de maneira geral sua situação e suas vantagens particulares” SUR, S. *Système juridique international et utopie. Archives de philosophie du droit*, n° 32 *Le droit international*», pp. 35-45, 1987.

11 Os dez membros rotativos do Conselho são eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas para um mandato de dois anos. Eles têm peso no colegiado do Conselho na medida da maioria necessária para a adoção das decisões, que é de nove votos.

12 Uma emenda à Carta exige uma adoção por uma maioria de dois terços da Assembleia Geral, seguida de ratificação pela mesma maioria de dois terços e por cada um dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança.

13 “Em outras palavras, por um lado, eles estão acima da Carta e, por outro, a Carta não pode funcionar sem o seu consentimento”, o sucesso da segurança coletiva depende da sua concordância (SUR, S. *Le Conseil de sécurité: blocage et renouveau, et avenir. Pouvoirs*, n° 2, pp. 61-74, 2004, p. 63).

14 A diferenciação entre os membros do Conselho de Segurança reflete a decisão de criar um

ra Mundial e os únicos detentores de armas nucleares ao posto de “nobreza da espada”<sup>15</sup> em matéria de manutenção da paz e da segurança internacionais – um excepcionalismo aristocrático que o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares de 1968 prolongou ao retirar do controle da Agência Internacional de Energia Atômica os programas nucleares das potências que já os possuíam em 1967. Esse multilateralismo aristocrático ocorre no contexto de uma relação recíproca: os membros das Nações Unidas renunciaram soberanamente ao seu próprio poder de recorrer ao uso força em troca, por um lado, da garantia de que todo o uso da força seria submetido, exceto em situações de legítima defesa, a um procedimento coletivo de tomada de decisões e, por outro lado, à garantia jurídica de proteção em caso de um ataque.<sup>16</sup>

O poder dos membros permanentes do Conselho não é um poder puro, um privilégio anômalo. É o poder de um ser distinto – a Organização das Nações Unidas – cuja vontade é expressa por meio de seu Conselho de Segurança. Por meio da utilização extensiva que os membros permanentes fizeram de seu direito de veto, por meio da transformação do poder do Conselho de Segurança – que era originalmente um poder de recorrer ao uso da força – em um poder de autorizar os Estados, agindo em seu nome, a usar a força, às vezes até mesmo a agir em seu nome dentro do escopo de suas próprias decisões, essa oligarquia *de jure* foi, até certo ponto, transformada em uma oligarquia *de facto*. A esse respeito, pode-se questionar até que ponto a apropriação do Conselho e de seu poder por seus membros permanentes (ou por alguns deles) ajudou a “privatizá-lo”, a torná-lo um órgão comum por meio do qual garantiram sua própria do-

---

órgão de segurança coletiva poderoso, cuja composição e modo de operação estão alinhados com a realidade dos equilíbrios globais e com a capacidade de ação internacional que surgiu no final da Segunda Guerra Mundial. Eles foram designados como os “melhores” para assumir essa responsabilidade específica de manter a paz e a segurança internacionais, uma qualidade que atualmente está sendo questionada. Para uma apresentação das escolhas que regeram a composição do Conselho e uma avaliação de sua capacidade de enfrentar os desafios atuais da segurança internacional, *ver* SUR. S. Sur. Eloge du Conseil de sécurité. *Annuaire français de relations internationales*. 2005, vol. VI, pp. 76-88.

15 BADIE. B. *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La Découverte, 2011, p. 135s.

16 O Tratado de Não Proliferação também registra uma situação de fato no direito – e, com ela, a dissuasão nuclear – que ele fixa para o futuro, o monopólio concedido às potências nucleares tem um *quid pro quo* formal: aqueles que renunciam às armas nucleares têm a garantia recíproca de que nenhum deles adquirirá legalmente armas nucleares e que serão protegidos pelas potências nucleares. Apesar de não ter impedido a Índia e o Paquistão (que não são partes do Tratado) de se tornarem potências nucleares oficiais, ou Israel de manter seu status de potência nuclear conhecida (embora não oficial), ou as proliferações da Coreia do Norte (que se retirou do Tratado) e do Irã (que ainda é parte do Tratado), este sistema está sendo mantido apesar de suas limitações: Como detentores do monopólio legal da energia nuclear, os membros permanentes do Conselho de Segurança, juntamente com a Alemanha e a União Europeia, concluíram os Acordos de Viena com o Irã em 2015, concedendo ao Irã a suspensão das sanções internacionais (da ONU) e unilaterais (relacionadas à energia nuclear) em troca da suspensão de seu programa nuclear.

minação coletiva e alcançaram conjuntamente seus interesses<sup>17</sup> – uma situação cujos efeitos não se limitam estritamente ao campo da segurança internacional e das questões nucleares, a proximidade e os interesses comuns dessa *super-elite* produzindo uma “diplomacia de convivência” que permite que as negociações sejam conduzidas discretamente.<sup>18</sup> Isso seria ignorar o fato de que, na representação coletiva dos membros das Nações Unidas, o Conselho de Segurança não é contestado em seu princípio organizacional, mas sim em sua composição atual, na medida em que ela não mais refletiria fielmente a distribuição de poder em escala internacional: o processo de reformulação do Conselho iniciado na Assembleia Geral no início dos anos 2000, que provavelmente não será bem-sucedido devido às divisões que gerou e ao procedimento altamente restritivo para emendar a Carta, é impulsionado pelo anseio de vários Estados ou grupos de Estados de fazer parte dessa elite aristocrática.<sup>19</sup>

*O domínio dos “mais ricos” no campo da cooperação intergovernamental?* – Com a Carta das Nações Unidas, o direito internacional confere aos mais fortes uma posição de superioridade jurídica. Isso implica que os mais ricos devem ocupar um lugar especial, particularmente nas estruturas criadas para fins de cooperação internacional?

Na maioria das organizações intergovernamentais de caráter ‘bancário’, conhecidas como “societárias” (i.e. aquelas estruturadas segundo o modelo de uma sociedade comercial), os direitos de voto e a influência dos membros na instituição são tradicionalmente indexados ao nível de sua contribuição finan-

---

17 Para uma análise mais abrangente sobre o abuso da personalidade jurídica das organizações internacionais, cf. D’ASPROMONT, J. Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States. *International Organizations Law Review*, no. 1, pp. 91-119, 2007

18 Bertrand Badie explora como o clube formado entre os membros permanentes do Conselho, que também fazem parte da aristocracia nuclear, às vezes, mas nem sempre, se reflete no jogo diplomático em geral. Cf. BADIE, B. La diplomatie de connivence. *Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La Découverte, 2011, 281 p.

19 Uma das críticas diz respeito ao número insuficiente de membros do Conselho, que está defasado em relação ao aumento por quatro do número de Estados desde 1945. Outra, é dirigida aos membros designados como permanentes pela Carta. A França e o Reino Unido não seriam mais grandes potências e, superestimado, o peso da Europa e, de modo mais geral, o do mundo “ocidental”, o Conselho não corresponderia mais à realidade da distribuição de poder. Vários Estados se confrontam em suas reivindicações. Os países do G4 - Alemanha, Brasil, Índia e Japão - estão reivindicando, cada um, um assento como membro permanente. O Grupo dos Estados Africanos quer dois assentos permanentes e dois assentos adicionais não permanentes. O Grupo Árabe também está buscando representação no Conselho. Enquanto isso, a Comunidade do Caribe (CARICOM) defende uma melhor representação dos países em desenvolvimento no Conselho, e o grupo “União pelo Consenso” (Argentina, Itália, México e Paquistão), que se opõe à criação de novos assentos permanentes, apoia um aumento nos assentos não permanentes com mandatos mais longos e renováveis. A falta de acordo, seja sobre a identidade dos novos membros permanentes ou sobre o próprio princípio de sua extensão, torna improvável que essa reforma seja bem-sucedida. Defendendo o princípio da reforma do Conselho, a França apoia a admissão da Alemanha, Brasil, Índia e Japão como membros permanentes, bem como [apoia] uma maior presença de países africanos. Desde 2013, a França também tem trabalhado, junto com o México, para promover um controle do uso do veto pelos cinco membros permanentes no caso de atrocidades em massa.



ceira.<sup>20</sup> A ponderação de votos com base em uma participação no capital da organização é usada nas instituições do Fundo Monetário Internacional, bem como nas instituições do Banco Mundial. Combinada com a regra da maioria qualificada (de 85% dos votos) para a adoção de decisões, essa ponderação confere aos Estados mais ricos – especialmente os Estados Unidos – um veto *de facto*.<sup>21</sup> Nessas organizações, também, os Estados que detêm a maior parte do capital têm assegurada uma representação permanente nos órgãos restritos da organização. No entanto, esse último sistema desapareceu do Fundo Monetário Internacional: desde a emenda de seus Acordos, em 2016, todos os membros do Diretoria Executiva do Fundo são eleitos.<sup>22</sup>

Alguns tratados que estabelecem organizações “de associados” identificam os Estados com direito a nomear membros dos órgãos restritos com base em um critério econômico – na Organização Internacional do Trabalho, os representantes dos Estados no Conselho de Administração são, em parte, nomeados pelos membros cuja “importância industrial seja a mais considerável”<sup>23</sup>; na Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, a representação é garantida aos Estados economicamente fortes ou que têm os meios para realizar atividades de extração em áreas marítimas.<sup>24</sup> No entanto, nesse tipo de estrutura associativa, que corresponde ao modelo comum de organização intergovernamental, as capacidades contributivas dos “associados” ou seu peso na economia mundial não afetam, em princípio, os direitos de voto concedidos a todos, sua capacidade de ser representado nos órgãos da organização e nem a de participar

---

20 Sobre essa forma específica de organização intergovernamental e seu modelo de financiamento, cf. BURDEAU G.B. Les finances des organisations Internationales. In LAGRANGE, E. ; SOREL, J. M. (orgs.), *Traité de droit des organisations internationales*. Paris: LGDJ, pp. 565-598, 2013.

21 Sobre a ponderação de votos, os critérios utilizados na composição dos órgãos decisórios dessas organizações “societárias” e os princípios de representação aos quais estão sujeitas, cf. D’ASPROMONT, J.; VENTURA, D. La composition des organes et le processus décisionnel. In LAGRANGE, E. ; SOREL, J. M. (orgs.), *Traité de droit des organisations internationales*. Paris: LGDJ, pp. 402-433, 2013. Cf. também DRAGO, R. Pondération dans les organisations internationales. *Annuaire français de droit international*. pp. 529-547, 1956.

22 A emenda relativa à reforma da Diretoria Executiva do FMI, aprovada em 2010 pela Assembleia de Governadores, modifica o Artigo XII, seção 3, b, do Convênio Constitutivo do FMI, segundo o qual os cinco membros com as cotas mais altas nomeiam, cada um, um Diretor Executivo, e os demais são eleitos. A contribuição financeira continua sendo um fator para determinar quais Estados têm o direito de indicar membros para os órgãos restritos da organização dentro das instituições do Banco Mundial (BIRD, AID, SFI, AMGI) e dos bancos regionais de desenvolvimento (BRDE, Bancos Africano de Desenvolvimento, Banco Interamericano de Desenvolvimento).

23 Artigo 7(1) do Tratado Constitutivo da OIT.

24 De acordo com a Regra 84 do Regulamento Interno da Assembleia da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, dos 36 membros do Conselho eleitos pela Assembleia, oito devem atender a critérios relacionados ao consumo, produção, importação e exportação de minerais a serem extraídos da Área, e quatro devem corresponder a Estados Membros “que tenham feito, diretamente ou por meio de seus nacionais, os maiores investimentos para a preparação e implementação de atividades na Área”.

da nomeação de membros de órgãos restritos. Embora a participação de cada Estado no comércio internacional determine sua contribuição para as finanças da Organização Mundial do Comércio – o que faz com que as oito maiores potências comerciais arquem com metade das contribuições financeiras para o orçamento da Organização – esta tem a característica única de reunir todos os seus membros em todos os seus órgãos, onde as decisões são tomadas por consenso. Com base na igualdade formal dos Estados Membros e conferindo legitimidade “democrática” às decisões da Organização, a regra do consenso concede a cada um deles o direito de veto. Os resultados do uso desse *veto power* são de fato imprevisíveis. Seu exercício os expõe ao risco de serem banidos do círculo inatingível que somente os Estados poderosos no cenário comercial podem pagar. Isso é evidente na oposição sistemática dos Estados Unidos, desde julho de 2017, às nomeações de membros para o Órgão de Apelação do Órgão de Solução de Controvérsias, comprometendo, assim, o funcionamento do sistema multilateral: o fator oligárquico insinuou-se no coração do processo representativo – a menos que, de fato, a institucionalização deste último seja, aqui, um apoio a um judiciário hegemônico, colocando o fato oligárquico e o processo democrático lado a lado. No sistema das Nações Unidas, a diferenciação da representação dentro dos órgãos ou a ausência de direitos iguais de voto, quando existem (dentro do Conselho de Segurança, por exemplo), não decorrem de critérios econômicos, que são irrelevantes. As despesas da Organização são custeadas pelos Estados de acordo com uma distribuição decidida pela Assembleia Geral. Para desempenhar essa função (mencionada no Artigo 17(2) da Carta), a Assembleia criou um órgão subsidiário – o Comitê de Contribuições – e adotou uma escala de contribuições com base na participação de cada Estado Membro na riqueza mundial.<sup>25</sup> Debatida anualmente no Comitê de Contribuições – onde o “Grupo dos 77/China” (uma coalizão de cento e trinta e quatro países “em desenvolvimento”) domina em termos numéricos –, a distribuição final das cotas está, na prática, longe da escala oficial: os europeus e o Japão contribuem com mais do que seus respectivos pesos no PIB mundial, enquanto a contribuição dos principais países emergentes (China, Índia, Brasil etc.) é menor do que sua porcentagem do PIB mundial. Nas Nações Unidas, a maioria na Assembleia Geral – que é a que menos contribui financeiramente para o sistema e a que mais espera dele – detém as rédeas da situação financeira!<sup>26</sup> Essa superioridade

---

25 Sobre este ponto, *ver* BURDEAU, G. B. Les finances des organisations internationales. In LAGRANGE, E. ; SOREL, J. M. (orgs.), *Traité de droit des organisations internationales*. Paris: LGDJ, 2013, pp. 565-598.

26 Um exemplo é a passagem elucidativa sobre as contribuições dos Estados Membros para as Nações Unidas no Relatório de Informações do Senado elaborado por A. Gouteyron em 2011: “Em teoria, o ônus orçamentário é distribuído com base na participação de cada país na riqueza mundial. Na prática, a cada dois anos as quotas-parte são objeto de um debate acirrado na quinta comissão. Seu *Rapporteur* Especial participou pessoalmente da reunião de lançamento da negociação das quotas-parte para o período de 2010-2011 e pode testemunhar o choque das

jurídica dos menos ricos, pode-se dizer, tem uma contrapartida. Ela dá o *veto power* de fato aos maiores contribuintes, cujo impacto não deve, entretanto, ser exagerado. A interrupção da contribuição financeira dos Estados Unidos para a UNESCO depois da admissão da Palestina como membro comprometeu, mas não ameaçou, o funcionamento da Organização. Isso não impediu que a cidade velha de Hebron, na Cisjordânia ocupada, fosse listada como uma “área protegida” do Patrimônio Mundial, o que levou à retirada dos Estados Unidos (e também de Israel). Além disso, a suspensão pelo mesmo país de sua contribuição para a Organização Mundial da Saúde e a ameaça de retirada em meio a uma pandemia enfraqueceram a Organização sem, contudo, alterar de forma concreta seus mecanismos de tomada de decisão. Como resultado, o principal financiador, alegando excepcionalismo com base em sua contribuição, decidiu se retirar da Organização, enquanto seu rival estratégico aproveitou para avançar um pouco mais suas peças no tabuleiro internacional.<sup>27</sup>

---

petições de princípio de cada grupo de países que representam um interesse específico. Diversas discussões com representantes permanentes de diferentes Estados confirmaram a diversidade de pontos de vista. Resumindo brevemente, os principais grupos são os seguintes: (i) a União Europeia está defendendo uma única posição perante a quinta comissão. Entretanto, essa posição é, em si, um compromisso entre vinte e sete Estados com interesses por vezes diferentes. Por exemplo, a Alemanha, que gostaria de ter um assento permanente no Conselho de Segurança, pode, às vezes, ser menos firme do que os dois Estados que já fazem parte dele, e alguns países do Leste Europeu, que são menos solicitados do que os ‘grandes’ Estados, são, conseqüentemente, menos sensíveis à questão orçamentária. Como resultado, a posição inicial da União é muitas vezes o ponto de chegada até onde países como a França e o Reino Unido gostariam de ir. Como resultado, a posição inicial da UE é muitas vezes o ponto de chegada que países como a França e o Reino Unido gostariam de alcançar; (ii) outros países, como o Japão e o México, também pagam mais do que seu peso na economia mundial e desejariam, assim como os europeus, ver um certo reequilíbrio; (iii) os Estados Unidos se beneficiam de um “desconto” na forma de um limite de sua quota-parte de 22% do orçamento ordinário. Não é exagero dizer que eles estão interessados apenas em manter essa vantagem; (iv) finalmente, o ‘Grupo dos 77/China’ é uma aliança relativamente heterogênea de países em desenvolvimento que, apesar de seu nome (que evoca apenas seus fundadores), inclui cerca de cento e trinta países membros da ONU. Portanto, esse grupo tem uma grande maioria na Assembleia Geral e sua posição é decisiva. No entanto, ele é composto por muitos países pequenos e menos desenvolvidos e por alguns grandes países emergentes (China, Índia, Brasil etc.) que contribuem menos do que deveriam de acordo com a lógica da escala da ONU. Durante os debates mais recentes, o Grupo dos 77/China apoiou firmemente (e finalmente obteve) a manutenção da escala de contribuição pelo que está, sem fazer os ajustes que a evolução da economia mundial parece exigir. Seu *Rapporteur* Especial observou a grande coesão desse grupo de Estados e a consciência que esse tem dos interesses de seus membros. Neste caso, como contribuem financeiramente apenas de forma modesta para o sistema, eles estão são menos sensíveis ao problema do rigor orçamentário da organização, mas demandam serviços e fazem questão de ter cargos de direção - o que pode ser um fator de crescimento da estrutura administrativa” – GOUTEYRON, A. Relatório de informação n° 390 sobre as contribuições financeiras da França para organizações internacionais. *Contribution aux organisations internationales: la France paye-t-elle trop?*, Sénat, 30 de março de 2011, 83 p., pp. 26-27.

- 27 “A China tem controle total sobre a Organização Mundial da Saúde, embora pague apenas 40 milhões de dólares por ano, em comparação com os 450 milhões de dólares anuais que os Estados Unidos pagam. Detalhamos as reformas que ela precisa fazer e nos engajamos diretamente com eles, mas eles se recusaram a agir. [...] Como eles não conseguiram fazer as reformas necessárias e exigidas, estamos encerrando nosso relacionamento com a Organização Mundial da Saúde hoje e redirecionando esses fundos para outras necessidades urgentes e merecedoras de saúde pública global”, disse o presidente dos EUA aos repórteres em 29 de maio de 2020.

## Oligarquia estrutural

Juridicamente consagrado no domínio da manutenção da paz e da segurança internacionais, o governo de poucos deriva, de forma mais ampla, do *modus operandi* do direito internacional, que leva a uma concentração de poder efetivo nas mãos de uma minoria governante. Trata-se de um fenômeno oligárquico mais difuso, apoiado pelos mecanismos do direito internacional, os meios formais de expressão jurídica da comunidade política internacional. Esses mecanismos oferecem aos Estados que têm alternativas políticas e os recursos necessários para impor suas agendas a faculdade legalmente regulamentada de obter a submissão (voluntária) de pequenas e médias potências. Estas são menos capazes do que seus antecessores de se beneficiar das posições resultantes da igualdade soberana. A principal ferramenta dessa dinâmica poli-oligárquica é a descentralização da ordem jurídica internacional, *i.e* a inexistência de uma comunidade jurídica internacional, tanto em termos da produção do direito internacional e de sua implementação, quanto na estrutura institucional da deliberação internacional.

*Produção do direito internacional* – A ausência de uma vontade geral internacional, de uma legislação internacional, implica que a norma não é decidida com referência à satisfação de um interesse público internacional – ou até mesmo com base em valores e interesses deliberados em comum dentro da comunidade de Estados – mas surge de uma disputa de interesses particulares entre aqueles que decidem se relacionar. O direito internacional é tanto um direito de negociação entre Estados quanto um direito de cooptação. Como tal, é provável que leve a situações de oligarquias negativas e positivas.

A soberania formal, a principal ferramenta da oligarquia internacional *de facto*, significa e implica que nenhum elemento de direito pode ser imposto àqueles que não estão envolvidos, o que protege as pequenas e médias potências contra qualquer obrigação ou situação jurídica com a qual não tenham consentido. Disso resulta, de modo reflexo, uma irrelevância do fato majoritário: mesmo numerosas, as pequenas e médias potências não têm nenhum direito de impor regras a alguém além delas mesmas. Colocados em uma situação de “incontornabilidade”, os detentores do poder são favorecidos, tão livres para desempenhar o bloqueio, quanto para simular governar o mundo quando seus interesses particulares se alinham ou coincidem.

---

Um porta-voz do Ministério das Relações Exteriores da China respondeu em uma coletiva de imprensa no dia seguinte: a Organização “não pode, em hipótese alguma, servir a um único país e não precisa se submeter à vontade do país que mais contribui financeiramente”. No contexto de uma reforma do financiamento da Organização, que já estava em curso há vários anos, vários países, incluindo a China, anunciaram sua intenção de aumentar suas contribuições, enquanto os Estados Unidos notificaram sua retirada (que deverá ocorrer em julho de 2021) ao Secretário-Geral da ONU em 7 de julho.

Essa dupla dimensão está no centro do processo de formação do direito consuetudinário. O costume está enraizado na prática geral dos Estados – uma característica que apoiou o movimento de reformulação de muitos campos do direito internacional após a descolonização promovida pelos Estados em desenvolvimento, que puderam tirar proveito da lógica numérica e de sua maioria nos órgãos internacionais. No entanto, o direito internacional continua a promover a participação desigual na prática costumeira. De acordo com a fórmula adotada pela Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* os precedentes consuetudinários devem refletir uma “participação muito ampla e representativa”, incluindo a dos “Estados particularmente interessados” na formação da regra costumeira.<sup>28</sup> Isso significa que, dependendo do caráter universal ou setorial da regra, os Estados – que representam os vários componentes da sociedade internacional ou aqueles que têm interesse na aplicação da futura regra e estão em posição de garanti-la – devem contribuir ativamente para sua formação, o que coloca esses atores em uma posição de dominância.<sup>29</sup> Quer se pense no direito do mar – estabelecido pelas potências marítimas europeias já no século XVII, e considerado fundamental para os Estados sem acesso ao mar –, no direito do espaço extra-atmosférico – desenvolvido a partir da prática das potências espaciais em meados do século XX –, ou na regulamentação de armas e testes nucleares, é sempre um pequeno número de Estados, tanto “representativos” quanto diretamente “interessados” na questão, que estiveram na origem da prática consuetudinária ou atuaram como um freio à consagração da regra. Para aqueles que não são nem representativos nem especialmente interessados, o direito se contenta com a participação passiva: basta que eles não se oponham à pretensão majoritária e representativa apoiada, quando necessário, pelos Estados “interessados” para que o direito considere sua passividade como sinal de seu consentimento. Por si só, o *status* de Estado “representativo” e “interessado” na criação de um costume não confere título jurídico para produzir regras universalmente vinculantes, uma vez que é necessária uma “participação muito ampla”. No entanto, o consentimento daqueles

---

28 Corte Internacional de Justiça. *Decisão em Plateau continental de la mer du Nord* (Alemanha v. Dinamarca; Alemanha v. Países Baixos), Rec. CIJ, decisão de 20 fevereiro 1969, p. 42, §73.

29 A influência da diretriz geral estabelecida na decisão do caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* deve ser ajustada em conformidade com o objeto do costume que está sendo formado. O caso envolvia o direito do mar. Por participação “muito ampla e representativa”, a Corte Internacional de Justiça quis dizer a participação das principais potências marítimas, tendendo, assim, a confundir a participação “muito ampla e representativa” com a participação de cada um dos Estados “interessados”. Por outro lado, os costumes gerais (cujo objeto é universal) são, por pressuposto, de interesse de todos os Estados, e sua formação, portanto, implica uma “participação muito ampla e representativa” dos “Estados interessados”. Esse requisito não se refere à unanimidade nem à maioria, mas à participação dos componentes essenciais da sociedade internacional. O processo de formação de costumes cujo objetivo é universal, beneficia, portanto, os Estados fortemente representativos. Sua inação impede a produção de uma nova regra geral, enquanto os outros simplesmente não têm o poder individual para impedir sua consagração e, no máximo, poderão torná-la inaplicável.

que não são representativos é presumido: se eles não contestarem, considera-se que ele foi dado. Nesse sentido, o processo de formação do costume beneficia os Estados que têm os recursos (militares, ideológicos, econômicos) para representar ou constituir sozinhos um componente essencial da sociedade internacional e garantir a aplicação da futura regra. Se um pequeno número desses Estados se opuser ao surgimento de uma nova regra, eles a bloquearão para os outros, colocando-se na posição de uma oligarquia negativa, uma força de conservação. Se todos eles convergirem, estarão na origem de um novo costume válido em relação aos Estados que, tendo permanecido passivos, nada fizeram em favor do costume, colocando-se em uma situação de oligarquia positiva, como uma força para a obtenção de novas regras de aplicabilidade geral. Para os Estados que não são nem particularmente representativos nem particularmente interessados, resta um meio jurídico de preservar seus interesses, conhecido como “objeto persistente”. Ao se recusarem expressamente a participar do processo do costume, eles certamente não conseguirão impedir o surgimento do costume, mas não estarão vinculados pelo produto de uma atividade da qual se excluíram expressamente. Esse mecanismo está condicionado a condições exigentes, e sua implementação tem uma desvantagem política considerável: o “objeto persistente” corre o risco de ser marginalizado, o que aumenta ainda mais a capacidade material dos potentes de subjugar, por meio do direito, aqueles que “não o são”. Então, em termos práticos, ou um Estado está diretamente “interessado” na formação de um costume emergente ou, dependendo do objeto deste, é um dos Estados “representativos” entre os interessados, e sua abstenção normalmente é suficiente para impedir um sua constituição; caso contrário, ele terá que se conformar com uma situação desejada por aqueles que têm o poder de instituí-la sempre que as circunstâncias não permitirem que ele mantenha sua objeção sob condições políticas que considere aceitáveis. A escolha é uma questão de oportunidade, não de direito.

Mesmo no campo da ordem pública contratual (*jus cogens*), esse *veto power* vem à tona. O caráter imperativo de uma norma decorre de uma decisão da “comunidade de Estados como um todo”, de modo que se afasta de uma relação clássica de intersubjetividade entre Estados para avaliar a validade das relações privadas em relação a um determinado objetivo: aquele desejado por uma autoridade pública. No entanto, o reconhecimento de tal poder legislativo a essa autoridade não é acompanhado por nenhum mecanismo institucional. A comunidade de Estados como um todo carece de um órgão próprio para expressar sua vontade, e nenhum juiz, capaz de decidir em seu nome, intervém de forma obrigatória para identificar as regras que ela tornou imperativas. Portanto, sua vontade só pode ser externada por intermédio dos Estados que a compõem. Embora a unanimidade não seja um requisito, o status de uma regra peremptória ainda deve ser aceito por praticamente todos os Estados, uma condição no-

minal que é acompanhada por um elemento qualitativo. Durante a conferência diplomática que finalizou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, foi lançada a ideia de que a *opinio cogentis* da comunidade internacional de Estados dependia da aceitação do status de norma peremptória por uma ampla maioria de Estados pertencentes aos principais sistemas jurídicos do mundo,<sup>30</sup> ou ainda do acordo dos principais componentes da comunidade internacional.<sup>31</sup> O texto adotado em primeira leitura sobre o assunto pela Comissão de Direito Internacional em 2019 afirma que essa *opinio cogentis* requer uma aceitação e um reconhecimento como norma peremptória por “uma grande maioria” dos Estados, “abrangendo todas as regiões, sistemas jurídicos e culturas”.<sup>32</sup> Assim, bastaria a oposição de um punhado de Estados poderosos, representantes de uma região ou sistema jurídico, para frustrar a produção da norma peremptória.

Por outro lado, todos os Estados têm garantida a oportunidade de estarem diretamente envolvidos em todas as etapas do processo de elaboração do tratado e em igualdade de condições, razão pela qual o método convencional foi preferido pelos Estados socialistas durante a Guerra Fria, assim como pelos novos Estados recém-independentes no contexto de descolonização – que denunciaram o caráter “antidemocrático” do costume internacional. O desen-

---

30 A Austrália propôs a seguinte redação para o futuro artigo 53 da Convenção de Viena: “É nulo todo o tratado que, no momento de sua conclusão, estiver em conflito com uma norma peremptória de direito internacional geral reconhecida por todos os principais sistemas jurídicos do mundo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida”. A Austrália explicou: “A unanimidade absoluta pode não ser necessária, mas a concordância substancial de um grande número de Estados pertencentes a todos os principais sistemas jurídicos era exigida. Se houver discordância por parte de um número significativo de Estados, o reconhecimento de uma norma como uma norma de *jus cogens* deverá ser adiado. Assim como no caso do desenvolvimento de regras ordinárias do direito internacional costumeiro, o desenvolvimento de normas peremptórias não é uma questão de voto majoritário” - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conférence des Nations unies sur le droit des traités*, I, 66ª sessão, 1968, p. 422, § 16.

31 Em seu Curso Geral, Robert Ago, que participou da Conferência de Viena como representante da Itália, afirmou: “É necessário que a convicção do caráter imperativo da norma seja compartilhada por todos os componentes essenciais da comunidade internacional e não apenas, por exemplo, pelos Estados do Ocidente ou do Oriente, por países desenvolvidos ou em desenvolvimento, por aqueles de um continente ou de outro” – AGO, R. *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 1971-III, vol. 134, p. 323.

32 Conclusão 7 do texto do projeto de conclusões sobre normas peremptórias do direito internacional geral, cujo comentário esclarece: “A Comissão considerou que a aceitação e o reconhecimento por uma simples ‘maioria’ de Estados não eram suficientes para estabelecer o caráter peremptório de uma norma. Essa maioria deve ser muito grande. O exercício de determinar se há uma grande maioria de Estados que aceitam e reconhecem o caráter peremptório de uma norma não se limita, no entanto, a uma contagem mecânica do número de Estados envolvidos. A aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional de Estados como um todo exigem que a norma em questão seja aceita e reconhecida em uma ampla diversidade de regiões, culturas e sistemas jurídicos. Foi dito que, à luz da importância do consentimento dos Estados e das consequências jurídicas extremamente fortes das normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*), o reconhecimento e a aceitação pela ‘maioria esmagadora dos Estados’, ‘praticamente todos os Estados’, ‘quase todos os Estados’ ou ‘a comunidade de Estados como um todo’ eram necessários” – ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et onzième session*, 2019, A/74/10, pp. 176-178.

volvimento do direito dos tratados e o processo de codificação responderam a esse desafio político. A negociação de tratados e a regra da maioria atualmente utilizada para a adoção de tratados multilaterais colocam indistintamente em uma posição de força todos os Estados que conseguem formar uma minoria coletiva suficiente para bloquear a maioria. O mesmo pode ser dito da prática comum de condicionar a entrada em vigor de um tratado multilateral a um determinado número de adesões (trinta e cinco participantes para a entrada em vigor de convenções concluídas sob os auspícios das Nações Unidas, por exemplo), ou da técnica de condicionar a alteração de um tratado ao consentimento da maioria das partes do tratado original. Essas práticas não favorecem os fracos em detrimento dos dominantes, ou um grupo de Estados em detrimento de outro. Elas colocam todos eles igualmente em potencial posição tanto para impulsionar quanto para contra-atacar. No entanto, em uma análise mais detalhada, observa-se que alguns tratados multilaterais criam desigualdades entre seus participantes, ao sujeitar sua entrada em vigor ao compromisso de Estados específicos – designados pelo nome (os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança para a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas ou os quarenta e quatro Estados mencionados no Anexo I do Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares de 1996 para a entrada em vigor deste último) ou em abstrato (os maiores “importadores e exportadores de cacau”) –, ao condicionar sua revisão ao acordo de determinados Estados (como no caso da revisão da Carta), dando apenas a eles o poder jurídico de bloquear a maioria. Essa unanimidade desigual decorre do próprio direito, que, ao fazê-lo, registra um dado factual/fenomenico em vista de garantir a eficácia do regime do tratado, uma consideração de senso comum que permeia o mecanismo do tratado além da estrita igualdade jurídica das partes. De fato, a implementação do multilateralismo sempre esbarra na boa vontade daqueles sem cuja participação o empreendimento multilateral perderia todo o seu propósito. Qual seria, por exemplo, o destino de uma Convenção sobre o Direito do Mar concluída em 1982 negligenciada pelas principais potências marítimas? Esta Convenção só pôde entrar em vigor em 1994, após a conclusão e a entrada em vigor de um novo acordo que revisou o regime de administração internacional dos recursos minerais dos grandes fundos marinhos que ela estabelecia. Qual pode ser a eficácia de um Tribunal Penal Internacional se sua jurisdição não for reconhecida pelos Estados Unidos, China, Índia, Israel ou Rússia? Qual pode ser o futuro (e o efeito útil) das convenções globais sobre o meio ambiente se os principais emissores de gases de efeito estufa permanecerem à margem? Em resumo, a ação conjunta entre entidades que são igualmente livres para se comprometer produz uma oligarquia baseada não em um “direito” de veto, mas em um *veto power* de fato,<sup>33</sup> uma oligarquia de bloqueio, mais do que de aquisição. Ela permite

---

33 FRANZEN, J. *The End of the End of the Earth*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018, p. 50.



que Estados fortes preservem seus interesses ao impedir o surgimento de uma disciplina geral desejada pela maioria, em vez de produzir regras que possam ser aplicadas por todos.

O direito internacional também é um direito de cooptação entre Estados que optam mutuamente por estabelecer relações. Nessa dimensão, ele favorece a dominação, positiva desta vez, de grupos de Estados sobre outros. A esse respeito, é significativo que o direito dos tratados não reconheça nenhum direito dos Estados de se associarem a tratados multilaterais ou a tratados cujo objeto seja de interesse de todos eles: não há direito de ser convidado a negociar o tratado – embora a prática tenha levado a uma ampliação da participação na negociação, que de fato é aberta a qualquer Estado para convenções negociadas no âmbito de organizações universais –; nem há direito de aderir a convenções já concluídas, cuja extensão depende da vontade exclusiva das partes originais, conforme expresso no tratado. Assim, os Estados são livres para estabelecer uma “cooperação preferencial”,<sup>34</sup> desde que isso não os leve a monopolizar ilegalmente o tratamento de questões, objetos ou bens que interessam à maioria – às vezes em nome da comunidade internacional. Voltaremos a este ponto.

*Implementação do direito internacional* – A ausência de mecanismos centralizados em uma comunidade jurídica internacional para estabelecer as situações jurídicas de seus sujeitos e, de modo mais geral, para garantir a interpretação e a implementação de seu direito, incentiva a instrumentalização das regras básicas do direito internacional. O advento do Estado é um exemplo disso. O direito internacional trata o Estado como um fato jurídico que, portanto, nada deve às outras subjetividades estatais. Por trás da aparente simplicidade dessa regra – que não é contestada nem na prática nem na doutrina<sup>35</sup> – há uma dificuldade decisiva. O direito internacional exige que uma comunidade atenda a determinados critérios para ser um Estado, sem indicar como ela deve alcançar isso e, em particular, como deve alcançar a independência necessária (ou seja, por quais meios ela se liberta de qualquer autoridade estrangeira).<sup>36</sup>

34 SUR, S. Challenges and future of international cooperation. *Ramses* 2018, pp. 62-67.

35 De acordo com o Parecer nº 1, de 29 de novembro de 1991, da Comissão para a Paz na Iugoslávia, o Estado é “comumente definido como uma coletividade que consiste em um território e uma população sujeitos a um poder político organizado”. O “reconhecimento por outros Estados tem efeitos puramente declaratórios”. “A existência ou o desaparecimento do Estado é uma questão de fato” – *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 264; cf. também o Artigo 3 da Convenção de Montevidéu de 1933 e o Artigo 9 do Pacto de Bogotá de 1948.

Essa posição é amplamente compartilhada na literatura jurídica: “Assim que existe de fato, o Estado existe de direito”, postulou ROUSSEAU, C. *Principes de droit international public. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. nº 1, vol. 93, pp. 373-550, p. 454, 1958. Cf. também LAUTERPACHT, H. *Règles générales du droit de la paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 62, pp. 95-422, 1937-IV ; ou CRAWFORD, J. *The Creation of States in International Law*. Califórnia: Clarendon Press, 498 p., pp. 38-40, 1979.

36 Ao constatar a existência da Bósnia e Herzegovina como um Estado, a Corte Internacional de Justiça afirmou que o direito internacional não regula as circunstâncias em que um Estado

Portanto, não há nenhum procedimento a ser seguido que possa ser registrado posteriormente. O direito internacional também não explicita os elementos de prova dessa independência de fato, de modo que a observação dos eventos nem sempre permite que se chegue a uma decisão definitiva, especialmente quando o status estatal da coletividade é contestada pelo Estado do qual ela está tentando se emancipar. No entanto, em um mundo territorialmente finito, o surgimento de um novo Estado ocorre em detrimento do território de outro e, em uma sociedade que compreende menos de duzentos sujeitos estatais, esse advento afeta a todos. O imperativo de terceiros de proteger seus interesses (estratégicos, políticos, econômicos, etc.) leva-os a tomar partido para conter, pelo menos parcialmente e com graus variados de sucesso, os efeitos em relação a eles de uma perturbação não pacífica da ordem estabelecida, cujo desfecho é imprevisível. Esses períodos de instabilidade favorecem a conveniência política e as lutas pelo poder. E a realidade difere a depender de quem está contando a história. A decisão de terceiros de tratar uma entidade que aspira à independência como um Estado ou, ao contrário, de negar-lhe esse status, geralmente se baseia menos na certeza da existência de uma situação de fato do que no desejo de criá-la ou, ao contrário, de combatê-la.<sup>37</sup> E o próprio direito internacional é questionado, rasgado por todos os lados pelos próprios protagonistas.<sup>38</sup> A chamada regra dos “três elementos” é implementada em uma estrutura normativa que não permite que ela produza seu efeito pleno. Limitando-se a registrar o fato estatal sem determinar os estágios de sua aparição, ela se desdobra retrospectivamente, quando as situações se estabilizam, mesmo que com a colaboração da maioria ou dos mais fortes. Embora seja indiscutível que o Estado exista no *direito* internacional independentemente do reconhecimento de terceiros, é igualmente certo que a atitude desses últimos raramente deixa de se relacionar ao *fato* da matéria estatal. Uma coletividade será mais capaz de estabelecer sua independência e, portanto, de se estabelecer como um Estado, juridicamente falando, se for apoiada contra o Estado ou Estados que contestam sua ascensão a esse status –

---

aderiu alcançou sua independência – CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. Ordem de 8 de abril de 1993 e Sentença de 11 de julho de 1996.

Sobre essa questão, cf. FABRI, H. R. *Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine, Annuaire français de droit international*, pp. 153-178, 1992.

- 37 Por exemplo, o reconhecimento prematuro da Palestina em 1988. Da mesma forma, os reconhecimentos das províncias separatistas georgianas da Abkhazia e da Ossétia do Sul. No caso de Kosovo, a capacidade da antiga província sérvia de se estabelecer como um novo Estado não pode ser dissociada do apoio que obteve dos Estados ocidentais como parte de um processo de emancipação que não estava consolidado pelos fatos no momento da declaração de independência.
- 38 Isso ficou muito claro em relação à situação na Crimeia desde 2014. É bastante claro que, independentemente da conformidade com o direito internacional dos comportamentos de cada parte, as narrativas concorrentes e as medidas pelas quais elas são colocadas em prática não estão separadas de considerações poderosas de política externa. Não podem ser.

e vice-versa. A disposição do direito internacional (ou seja, de seus autores) para a simultaneidade de opostos é evidente nessa área.

*Estrutura da deliberação internacional* – Por fim, por não ser estruturada por uma comunidade jurídica, a comunidade política internacional carece de um mecanismo único de representação institucional, o que faz com que a estrutura para deliberação internacional seja extremamente flexível. As organizações internacionais personalizadas convivem com fóruns informais e seletivos, como o G7 (que reúne sete potências industrializadas de economia de mercado: Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Canadá), o G8 (G7 + Rússia) e o G20.<sup>39</sup> Desprovidos de personalidade jurídica e de secretariado permanente, esses fóruns fechados obedecem a uma lógica de ‘clube’. Eles sediam reuniões periódicas entre os líderes de um círculo selecionado de Estados para consultar e promover políticas convergentes sobre questões que interessam a todos os domínios da vida internacional, relegando, assim, à margem do direito internacional (e da legitimidade que as estruturas intergovernamentais oferecem em termos de representação) o tratamento de questões que, no entanto, são apresentadas como decisivas para o futuro do mundo.<sup>40</sup> Esses fóruns exibem vários traços oligárquicos – em especial o G7, que controla toda a estrutura. O pequeno número, por um lado. Uma vez que o principal critério para tornar-se membro é a riqueza, trata-se de uma plutocracia, temperada por um critério qualitativo baseado em valores compartilhados entre os membros

39 Ver DEJAMMET, A. Les ‘G’: G7, G8, G20. *Revue Générale de Droit International Public*, no. 03, pp. 511-518, 2012; e RIVIER, R. *L’utilisation d’autres formes d’organisation internationale*, *Ibid.*, pp. 483-509, 2012

40 O objetivo das primeiras reuniões do G7, a partir de 1975, era lidar com a crise da taxa de câmbio, mas elas gradualmente se expandiram para abranger todas as questões econômicas (orçamento, emprego, desemprego, trocas financeiras e comerciais) e, em seguida, todas as áreas da vida internacional (paz e segurança, terrorismo, desarmamento, meio ambiente, clima, direitos humanos, saúde). Os membros do G7 representam 3,7% dos Estados do mundo e contam apenas com 10% da população mundial. O G8 representa 4,1% de todos os Estados e 10% da população mundial. O G20, por sua vez, representa 9,9% dos Estados do mundo, dois terços da população mundial, e mais de 90% do produto bruto mundial. Inicialmente, em 1975, os membros do G7 concentravam o equivalente a 62% do produto interno bruto do mundo. Eles ainda são parte dos Estados mais ricos, mas não são mais os Estados mais ricos. A redução de sua participação relativa na riqueza global para 45% não os levou a se abrirem para as potências emergentes: a China, a segunda maior economia do mundo, a Índia, em sétimo lugar, e o Brasil, em nono lugar, que juntos produzem 21% da riqueza mundial, estão excluídos. Por motivos geopolíticos, a Rússia foi associada à criação do G8 em 1998, que responde por 65% da riqueza mundial e dois terços do comércio internacional. Mas desde 2014, a Rússia não é mais convidada, e o G8 voltou a ser um G7. Para garantir uma melhor representação das potências emergentes, a cúpula do G7 de 1999 criou o G20, que ele mesmo controla: um fórum de cooperação econômica internacional, que reúne dezenove países (os membros do G8, dez economias emergentes, incluindo China, Índia, Brasil, África do Sul, México, Arábia Saudita, Indonésia e Turquia, além de Austrália e Coreia do Sul) que produzem 85% do PIB mundial. Também participam a União Europeia e representantes das instituições de Bretton Wood (incluindo o diretor do FMI e o presidente do Banco Mundial). O G20 não inclui alguns dos vinte países mais ricos do mundo, como o Irã e a Suíça, mas é mais representativo do equilíbrio de poder em nível internacional do que o G7, embora sua representatividade seja limitada à esfera econômica.

(livre mercado, democracia, respeito ao Estado de Direito), mantendo entre si um sentimento “aristocrático”: eles reconhecem uns aos outros como o coração da oligarquia, seu “núcleo duro”.<sup>41</sup> Uma pretensão oligárquica, por outro lado. Esse número reduzido de Estados autodesignados tende a considerar o poder como seu, reivindicando, a partir daí, o poder de falar e decidir por todos em nome de um interesse geral autoavaliado. No entanto, esses grupos não são a realização de uma oligarquia, no sentido de que não detêm o poder jurídico – nem o poder de fato – para obter a obediência de terceiros. Juridicamente, eles não representam nada além dos Estados que se reúnem em seu interior e, como tal, não têm capacidade de adotar medidas vinculantes– seja para si mesmos ou para terceiros. Na verdade, na melhor das hipóteses, eles podem inspirar políticas nacionais convergentes, como foi o caso em 2008, mas na maioria das vezes eles registram somente divergências: os G7 de 2018 e 2019 não levaram a nada. Portanto, seu peso, tanto jurídico quanto factual, não deve ser superestimado. No máximo, permitem que certos Estados mantenham a ilusão de um “diretório mundial”,<sup>42</sup> uma “aristocracia autodenominada”<sup>43</sup> que está vacilando, pois parece não estar mais em contato com a realidade da distribuição do poder econômico em escala internacional – revelada mais uma vez pela crise de saúde internacional da qual a China parece emergir fortalecida.

## Oligarquia Plural

Seja organizada pelo direito, seja inerente à sua forma de organização, a dinâmica oligárquica na comunidade política dos Estados não é muito estável. Ela é heterogênea. A minoria dominante tem geometria variável, dependendo das áreas e das questões em jogo. Ela não é homogênea no campo econômico, e nem sempre é politicamente coerente. Ela obedece a uma lógica de círculos concêntricos, tendo em seu centro um núcleo de Estados que afirmam fazer parte da aristocracia – fragmentada e contestada – entre o multilateralismo aristocrático do Conselho de Segurança, a aristocracia nuclear e a aristocracia liberal dos países industrializados do G7. Em termos de conteúdo, é uma minoria de bloqueio ou conservação, tanto quanto de ação, produção e direção. É sempre circunstancial e setorial, e muitas vezes conflituosa: seja entre os aristocratas e os emergentes, seja entre os próprios aristocratas. Trata-se de uma oligarquia multifacetada, composta de alianças momentâneas ou mais duradouras, colocadas na posição de oligarquia, que às vezes se entrelaçam, às vezes entram em

---

41 BADIE, B. *La diplomatie de connivence*. Paris: La découverte, 2013, p. 281.

42 Bertrand Badie, denunciando “uma incrível teimosia oligárquica que, do G8 ao G20, do P5 (os cinco membros permanentes do CSNU) aos grupos de contato de todos os tipos, cede à ilusão de um diretório mundial” – BADIE, B. *La diplomatie de connivence*. Paris: La découverte, 2013, p. 16.

43 SUR, S. *La régulation juridique des relations internationales: Vingt ans après*. *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIII, 2012, pp. 45-64, p. 51.

conflito. Essa dinâmica oligárquica compete com uma oligarquia privada e globalizada, e coexiste com um componente “monárquico” de um lado e elementos “democráticos” de outro. A ausência de uma comunidade de direito leva a essa pluralidade dentro da unidade e a uma multiplicidade de classes competindo pelo poder.

*Componente monárquico* – O regime político internacional também possui traços monárquicos. É o caso dos membros permanentes do Conselho de Segurança, que alternadamente ocupam as posições de aristocratas quando participam das decisões colegiadas do Conselho e de monarcas quando decidem se libertar do mecanismo de segurança coletiva da ONU – como fizeram os membros da OTAN durante a crise do Kosovo, a coalizão liderada pelos Estados Unidos no Iraque em 2003, a Rússia na Geórgia em 2008 ou na Ucrânia em 2014. Quando praticada pelos Estados Unidos, essa magistratura não é uma liderança de ação e direção, mas sim uma hegemonia de retirada, uma supremacia negativa que combina dois ingredientes. O primeiro é a rejeição, até mesmo o enfraquecimento, de qualquer disciplina comum estabelecida em nível internacional<sup>44</sup> – seria necessário enfatizar aqui a incapacidade do poder americano de orquestrar a gestão da crise sanitária internacional relacionada à pandemia de Covid-19 em uma postura de “polícia do mundo”, bem como sua contestação radical ao multilateralismo por meio de uma política de bloqueio e retirada unilateral? O segundo ingrediente é a pretensão de estender a todos a aplicação e a execução de seu direito nacional: sanções contra Cuba, Irã e outros Estados, apoiadas em uma superioridade ligada ao papel do dólar no comércio mundial; sanções agora contra os funcionários do Tribunal Penal Internacional em nome do excepcionalismo da situação almejada pelo poder americano.<sup>45</sup> Esse unila-

---

44 Depois de iniciar um movimento para alterar o texto da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e obter sua revisão, os Estados Unidos acabaram por não ratificar esse instrumento. Conquistaram o direito de ter seus interesses levados em conta nas negociações sobre o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional, mas acabaram não participando. Em agosto de 2017, denunciaram os Acordos de Paris de 12 de dezembro de 2015, embora tenham garantido, até sua efetiva retirada, que continuariam a fazer parte da estrutura institucional estabelecida pela Convenção de 1992 e, portanto, participariam das negociações sobre futuros acordos e decisões relacionados ao clima. Desde 2017, eles decidiram se retirar da UNESCO e, em seguida, da Organização Mundial da Saúde, e estão bloqueando sistematicamente o funcionamento da estrutura multilateral estabelecida no âmbito Organização Mundial do Comércio. Para obter mais informações sobre esse aspecto da política dos EUA e o desafio resultante para o multilateralismo, cf. os artigos de SUR, S. La régulation juridique des relations internationales vingt ans après. *Annuaire français de relations internationales*, 2012, pp. 45-64 ; e *Id.* Défis et avenir de la coopération internationale. *Ramses*, 2018, pp. 62-67.

45 Adotada em resposta à decisão de março do Tribunal de autorizar a abertura de uma investigação sobre crimes de guerra e crimes contra a humanidade no Afeganistão, a Ordem Presidencial de 11 de junho de 2020 ordena que a Administração Federal proíba a entrada nos Estados Unidos de funcionários, empregados e agentes do TPI, bem como de membros de suas famílias imediatas, e imponha sanções econômicas contra eles caso o TPI tente “*to investigate, arrest, detain, or prosecute any United States personnel without the consent of the United States, or of personnel of countries that are United States allies and who are not parties to the Rome Statute or have not otherwise consented to ICC jurisdiction*”, tais tentativas constituindo “*an unusual*

teralismo hegemônico é ainda mais competitivo com as alianças oligárquicas tradicionais, pois é apoiado pela “governança global” nas muitas áreas em que os Estados, por necessidade ou oportunidade, por vezes recompuseram a ação pública em favor das forças transnacionais;<sup>46</sup> uma oligarquia privada globalizada que, comprometendo as capacidades materiais e concretas de ação da grande maioria dos Estados em seu próprio nível nacional e corroendo a eficácia da cooperação intergovernamental, consolida a dominação dos Estados mais fortes quando não é seu próprio cavalo de Troia.

Desglobalizar a sociedade mundial, colocando a ação intergovernamental e, portanto, o direito internacional, de volta no centro do processo de tomada de decisões e, assim, limitar a difusão dentro dela de seus direitos nacionais pelos Estados mais poderosos, parece ser agora, no contexto de uma crise sanitária internacional, o principal desafio para os Estados recuperarem sua autonomia (e, portanto, seu poder) e para as organizações internacionais recuperarem seu papel de líderes da ação internacional. Diante da influência de certas fundações, empresas de produção e distribuição de equipamentos médicos e empresas farmacêuticas, alguns Estados (como a França) pedem o estabelecimento de uma “governança da saúde pública global” baseada em um “multilateralismo inclusivo, aberto a todos os atores da sociedade civil internacional”<sup>47</sup> – o que lembra o “polilateralismo” defendido por certas teorias liberais para reconfigu-

---

*and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States” – TRUMP, D. J. Executive Order on Blocking Property Of Certain Persons Associated With The International Criminal Court. 11 junho 2020, disponível em <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court/>.*

O Tribunal reagiu com um comunicado à imprensa no mesmo dia, descrevendo as sanções coercitivas planejadas como [uma] “*unacceptable attempt to interfere with the rule of law and the Court’s judicial proceedings. They are announced with the declared aim of influencing the actions of ICC officials in the context of the Court’s independent and objective investigations and impartial judicial proceedings*”, e mencionando a declaração conjunta dos dez membros do Conselho de Segurança que são partes do Estatuto de Roma, confirmando seu “*unwavering support for the Court as an independent and impartial judicial institution*” e o apoio do Presidente da Assembleia Geral das Nações Unidas – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Statement of the International Criminal Court on recent measures announced by the US.** 11 junho 2020, disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-international-criminal-court-recent-measures-announced-us>.

Em um comunicado à imprensa emitido por seu Ministro das Relações Exteriores em 12 de junho, a França declarou que continuaria “agir para garantir que o Tribunal possa cumprir sua missão de forma independente e imparcial, de acordo com o Estatuto de Roma” e pediu aos Estados Unidos que “implementem as medidas anunciadas contra o Tribunal e que as retirem”.

46 Jacques Chevallier concebe a governança como um fenômeno decorrente da “contratualização” pelo Estado de suas relações com outros atores, a fim de garantir a legitimidade e a eficácia de seus atos, consistindo em um modo inclusivo de gestão que envolve o maior número possível de partes interessadas no desenvolvimento de políticas públicas “negociadas” – CHEVALLIER. *L’Etat post-moderne*, coll. **Droit et société**, n° 35, Paris, LGDJ, 2017, 4ª ed. Sobre governança, globalização e a erosão dos poderes do Estado no cenário internacional, *ver.* LAVAL, P.-F. *Les Nations unies et l’idée de gouvernance. Revue Générale de droit International Public*, 2019-4, pp. 849-862.

47 Discurso do Sr. J.-Y. LE DRIAN, em 29 de abril de 2020, **Apresentação do terceiro Fórum de Paz de Paris** (por videoconferência).

rar a globalização em benefício dos cidadãos.<sup>48</sup> Esses mesmos Estados e outros apresentam a saúde como um “bem comum” e os tratamentos e possíveis vacinas contra a Covid-19 como “bens públicos globais”. Trata-se de caracterizar os recursos a partir de seu regime, existente ou almejado – um regime de compartilhamento e de cooperação reforçada entre os Estados que não é prescrito pelo fato de os recursos em questão pertencerem à comunidade internacional ou à humanidade, mas que responde ao interesse comum dos Estados e, portanto, permite o uso de tais conceitos como categorias funcionais cujo valor é descritivo.<sup>49</sup> Descrever a saúde como um “bem comum” é, na verdade, apontar para o interesse específico de cada Estado em estabelecer uma gestão conjunta dessa entidade imaterial que, em virtude de sua dimensão global, excede suas respectivas capacidades individuais. Trata-se de enfatizar que a necessidade de uma disciplina internacional decorre de uma exigência de racionalidade e não de um imperativo derivado do interesse geral: “Se a França promove o multilateralismo”, afirma seu Ministro das Relações Exteriores, “não é por ideologia, mas porque é um método que provou sua eficácia e é, mais do que nunca, a única maneira apropriada de preservar os bens públicos globais dos quais a saúde faz parte, juntamente com o clima, biodiversidade, educação e segurança alimentar”.<sup>50</sup> Pedir que os tratamentos contra a Covid-19 sejam “bens públicos

48 LAMY, P. ; LAÏDI, Z. *La gouvernance, ou comment donner sens à la globalisation*. In JACQUET, P., PISANI-FERRY, J., TUBIANA, L. *et al. Gouvernance mondiale*. La Documentation française, Conseil d'analyse économique. Paris: Dalloz, 2002, pp. 193-209 ; LAÏDI, Z. *Les enjeux de la gouvernance mondiale*. *Annuaire français de relations internationales*, 2002, pp. 262-278 ; LAMY, P. *La démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*. Paris: Seuil, 2004.

49 Uma primeira abordagem proveniente da teoria do direito romano usa o conceito de “bens comuns” (e de “bens globais” que são o seu suporte) para designar recursos, sejam eles imateriais ou materiais, que são coisas comuns (*res communis*). O fato de pertencerem a todos implica que devem ser partilhados entre todos (facilitação de acesso, ausência de restrições, etc.) e gerenciados para atender às necessidades do interesse geral de uma comunidade. Essa abordagem geralmente está articulada em torno da ideia de um patrimônio da comunidade humana e da relação entre o interesse geral e o acesso a recursos compartilhados de forma equitativa. Ela também tem uma dimensão prescritiva: o fato de o bem pertencer a um todo indivisível significa que ele deve servir ao maior número de pessoas por meio da gestão coletiva do bem, por instituições. Outra abordagem mais recente desconecta os “bens comuns” (e os “bens públicos globais”) de seu regime de propriedade. Ela se origina da teoria econômica, que classicamente chama de “bens comuns” aqueles bens em que não há exclusão de uso, mas rivalidade no consumo (que é a fonte de sua “tragédia”). Juntamente com o direito anglo-saxão dos “bens comuns”, esse conceito levou a uma concepção positiva de bens comuns que inclui um elemento relacionado à sua gestão. Trata-se de recursos que não necessariamente pertencem a todos (*res communis*), nem são de acesso aberto (*res nullius*), mas cujo uso está aberto a todos os usuários e cuja gestão é compartilhada por esses usuários (sobre essa abordagem, cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Committee for Development Policy, Global Governance and Global Rules for Development in the Post-2015 Era*. Junho de 2014). Considerados dessa forma, os “bens comuns” e os “bens públicos globais” formam uma categoria funcional. Eles são caracterizados por um regime de compartilhamento e cooperação reforçada entre os usuários. Esse regime característico não realiza o interesse geral de uma comunidade, mas o interesse comum dos usuários, ou seja, o interesse próprio de cada um deles.

50 Discurso de 29 de abril de 2020, *Présentation de la troisième édition du Forum de Paris sur la Paix* (em videoconferência).

globais” significa tanto estabelecer o interesse mútuo dos Estados em facilitar o acesso a eles para todos quanto convidar ou se comprometer, conforme o caso, a isentá-los das regras do mercado: “[s]e conseguirmos juntos desenvolver uma vacina produzida por todo o mundo, para todo o mundo, então poderemos realmente falar de um bem público global de importância única para o nosso século”, afirmaram os Chefes de Estado alemão, italiano, francês e norueguês, o Presidente do Conselho Europeu e o Presidente da Comissão Europeia em uma declaração conjunta em 3 de maio de 2020, acrescentando: “[c]om nossos parceiros, nos comprometemos a torná-lo disponível, acessível e alcançável para todos”.<sup>51</sup> Seguindo seus passos, discernindo no multilateralismo uma oportunidade de substituir a hegemonia americana em declínio por uma liderança executiva, o chefe de Estado chinês declarou, em uma mensagem de vídeo transmitida em Genebra na 73ª Assembleia Mundial da Saúde (da OMS), que uma possível vacina chinesa se tornaria um “bem público global”.<sup>52</sup> Embora a resolução adotada por consenso em 19 de maio de 2020 por essa Assembleia Mundial da Saúde qualifique a vacinação em larga escala contra a Covid-19 como um “bem público global relacionado à saúde” e incentive o compartilhamento de patentes.<sup>53</sup>

*Componente democrático* – O fenômeno oligárquico está igualmente associado a um elemento democrático, pois o sistema de governança da comunidade internacional satisfaz as reivindicações de poder do maior número de Estados, disponibilizando a todos as ferramentas que lhes permitem, se não obter acesso à classe dominante, pelo menos constituir-se em um corpo governamental competitivo.

Em primeiro lugar, o direito internacional tem potencial revisionista. Ele incorpora os meios de sua própria contestação.<sup>54</sup> Sabe-se que o uso do processo consuetudinário pelos novos Estados resultantes da descolonização para modificar antigos costumes permitiu que eles promovessem um novo direito

---

51 Declaração conjunta de 3 de maio de 2020. **Para uma mobilização global contra o vírus.**

Veja também as declarações do presidente francês em defesa de uma visão da vacina contra a Covid-19 como um “bem público global” ao qual todos teriam acesso (em particular, o vídeo publicado em 4 de maio de 2020; a declaração de 14 de maio de 2020; e o discurso de Marcy-l’Etoile de 16 de junho, proferido após as declarações do grupo Sanofi).

52 Essa declaração foi reiterada pelo Ministro da Ciência e Tecnologia da China em 7 de junho, em uma coletiva de imprensa para marcar a publicação do livro branco “Combating Covid-19: China in action”.

53 ASSEMBLEIA MUNDIAL DA SAÚDE. Resposta à Covid-19, **A73/CONF.1**, OP 6.

A resolução foi patrocinada pela União Europeia, pedindo “acesso universal, rápido e equitativo a todos os produtos necessários para responder à pandemia”. Em um vídeo transmitido em 4 de junho na abertura de uma cúpula virtual internacional organizada para arrecadar fundos para a *Vaccine Alliance* (Gavi), o Secretário-Geral das Nações Unidas também declarou que “uma vacina contra a Covid-19 deve ser vista como um bem público global, uma vacina para as pessoas”.

54 SUR, S. *Système juridique international et utopie*. *Archives de philosophie du droit*, 1987, n° 32 (“Le droit international”), pp. 35-45.



internacional que levou à extensão do mar territorial, à consagração de uma zona econômica exclusiva, à afirmação do direito dos povos sobre seus recursos e, com base nisso, ao direito dos Estados em desenvolverem de nacionalizar a propriedade estrangeira, além das noções de não-reciprocidade e preferências comerciais nas relações Norte-Sul. Também sabe-se que a participação desses Estados em organizações internacionais que lhes asseguram representação igualitária, onde se encontram em maior número, permitiu-lhes influenciar o surgimento dessas novas regras costumeiras, bem como o estabelecimento de novos instrumentos convencionais.<sup>55</sup> Além disso, o desafio à predominância ocidental em uma comunidade política em que o poder está migrando para o Oriente e para a Ásia foi capaz de explorar os meios jurídicos abertos pelo fato de a maioria estar em uma Assembleia Geral das Nações Unidas, dominada por uma coalizão de cento e trinta e quatro Estados (o “G77 e a China”). A Assembleia possui o poder, de acordo com a Carta, de admitir novos membros, o que foi ampliado pela prática de admitir “Estados observadores não membros” – um *status* concedido à Palestina pela resolução 67/19 de 29 de novembro de 2012. A Assembleia também é responsável por eleger os membros dos outros órgãos principais da Organização, incluindo os membros não-permanentes do Conselho de Segurança e, juntamente com o Conselho, os membros da Corte Internacional de Justiça (artigo 10 do Estatuto da Corte). Diante de um impasse entre o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral durante a última eleição de juizes para a Corte Internacional em 2018, o Reino Unido (que sempre teve um juiz na Corte) foi obrigado a retirar a candidatura do juiz britânico em exercício em favor da candidatura do juiz indiano. Outro efeito da falta de avanços na reforma do Conselho de Segurança foi a perda do assento na Comissão de Direito Internacional pela França pela primeira vez em 2017.<sup>56</sup> O princípio representativo é instrumentalizado em benefício da maioria dominante quando a dinâmica democrática dentro da comunidade internacional e a invocação desse princípio não são também aliadas de uma batalha hegemônica, como veremos.

Em segundo lugar, o direito internacional, enquanto uma técnica formal, é uma ferramenta imparcial a serviço de todos os objetivos possíveis. Sua neutralidade coloca os adversários políticos em pé de igualdade. Como um instrumento de controle dos menos poderosos sobre os que ocupam posições de poder, ele foi apresentado como uma “promessa de justiça e incentivo para futuras

55 A maioria das pequenas e médias potências impulsionou e realizou progressos no campo do direito do mar, especialmente o reconhecimento de direitos funcionais para os Estados costeiros e a designação do fundo do mar como parte do “patrimônio comum da humanidade”, bem como na proteção ambiental e no combate às mudanças climáticas. A Organização Mundial do Comércio foi criada por iniciativa de muitos países em desenvolvimento, que pediam que o comércio fosse organizado com base em fundamentos diferentes dos do GATT, dentro do contexto do direito ao desenvolvimento e de uma “nova ordem econômica internacional”.

56 Sobre esses elementos, cf. DECAUX, E. *Année zéro. Annuaire français de relations internationales*, vol. XIX, 2018, pp. 883-888.

transformações políticas”.<sup>57</sup> O curso da disputa entre a República de Maurício e o Reino Unido sobre o Arquipélago de Chagos é indicativo não de uma reconfiguração de poder no cenário internacional, mas sim do fato de que o domínio gradual do funcionamento do direito internacional por Estados recém-criados e em desenvolvimento, combinado com sua aspiração de participar ativamente da vida internacional e da profissionalização do litígio internacional, está correndo a dominação exercida por uma oligarquia tradicional – que aqui assume a aparência de uma gerontocracia. Maurício está travando batalhas legais em várias frentes para obter a reconstituição do que foi a colônia britânica de Maurício e a reintegração das Ilhas Chagos ao seu território, abrindo espaço para uma desconcentração de poder entre várias classes rivais. A primeira é a arbitragem iniciada com base no Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Maurício está judicializando sua disputa ao “maritimizá-la”<sup>58</sup> para aumentar suas chances de ver suas reivindicações contra a antiga potência colonial britânica atendidas.<sup>59</sup> A segunda ferramenta é a Assembleia Geral das Nações Unidas e o procedimento consultivo da Corte Internacional de Justiça. Maurício conseguiu obter a maioria necessária para a adoção de uma resolução solicitando um parecer consultivo à Corte<sup>60</sup> – o qual concluiu, em seguida que cabia ao Reino Unido pôr fim, o mais rápido possível, ao ato ilícito contínuo constituído pela administração britânica das Ilhas Chagos, e remetendo à Assembleia Geral a tarefa de determinar as medidas exatas a serem adotadas,<sup>61</sup>

57 KOSKENNIEMI, M. A quoi sert le droit international. *In.* KOSKENNIEMI, M. *La politique du droit international*. Paris: Pedone, 2007, p. 321.

58 Sobre a prática de “maritimização” de disputas, consulte EISEMANN, P.-M. *L’environnement entre terre et mer. Observations sur l’instrumentalisation tactique du Tribunal de Hambourg*. *In.* *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean Pierre Quéneudec*. Paris: Pedone, 2003, pp. 221-238.

59 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Área Marinha Protegida de Chagos* (República de Maurício v. Reino Unido). Sentença de 18 de março de 2015. *Cf.* CASSELLA, S. Quand la mer domine la terre: la sentence arbitrale du 18 mars 2015 en l’affaire de l’Aire marine protégée des Chagos. *Annuaire français de droit international*, 2015, pp. 649-667; BIAD, A. Biad ; EDYNAK, É. L’arbitrage relatif à l’Aire maritime protégée des Chagos du 18 mars 2015: une décision prudente pour un litige complexe. *Revue Québécoise de droit international*, 2016, vol. 29, pp. 55-83; HAJHAMI, N. La sentence arbitrale du 18 mars 2015. *Revue Générale de Droit International Public*, n° 2, 2016, pp. 333-367; RIVIER, R. La protection des attentes légitimes en vertu du droit international général. *In.* CASSELLA, S. ; ROBERT-CUENDET, S. (eds.). *La protection des attentes légitimes en droit international, droits européens et droit public interne*. Presses universitaires de Rennes, 2020, pp. 37-67.

60 Resolução 71/292, de 23 de junho de 2017, na qual a Assembleia solicita à Corte que decida se o processo de descolonização das Ilhas Maurício foi concluído após a separação de Chagos de seu futuro território e que decida sobre os efeitos legais de Chagos permanecer sob administração britânica.

61 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Effects of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Parecer de 25 de fevereiro de 2019. Sobre o parecer em si: ITEN, J.-L. L’avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les Effets juridiques de la séparation de l’archipel des Chagos de Maurice en 1965. *Revue Générale de Droit International Public*, n° 2, 2019, pp. 391-408; BORDIN, F. L. Reckoning With British Colonialism: the Chagos advisory Opinion. *Cambridge Law Journal*, vol. 78, 2019, pp. 253-257.

seguidas de uma nova resolução da Assembleia Geral.<sup>62</sup> Desprovido da força de coisa julgada, esse parecer, assim como a resolução que o endossa, não afeta, por si só, a situação jurídica do Reino Unido. Entretanto, agora é impossível que o Reino Unido continuar a tratar Chagos como uma de suas dependências com base em seu direito, o que prejudica suas reivindicações legais, mesmo que ele as conteste. Com o apoio da Corte Internacional, a Assembleia Geral, conduzida pela maioria de seus membros, continua a promover a descolonização, que estabeleceu permanentemente uma divisão entre um mundo dominante e um mundo dominado. A terceira ferramenta é a Comissão sobre os Limites da Plataforma Continental, à qual as Ilhas Maurício apresentaram uma reivindicação para a delimitação de sua plataforma continental estendida na parte sul do Arquipélago de Chagos em março de 2019, no dia seguinte à emissão do parecer da Corte;<sup>63</sup> seguido, por sua vez, por outro litígio, desta vez perante o Tribunal Internacional do Direito do Mar, para resolver outra disputa, o com a República das Maldivas, a reivindicação de Maurício de seus direitos no mar, relacionados à delimitação de sua fronteira marítima no Oceano Índico.<sup>64</sup> Por meio de seu efeito catártico, o direito se afirma como um instrumento a serviço do maior número – fora do campo da diplomacia tradicional, onde as desigualdades estão em ação. Outro exemplo dessa mudança no debate da arena política para a arena técnica dos tribunais internacionais é a estratégia jurídica articulada pela Palestina contra os Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça.<sup>65</sup> Com o argumento de que a transferência da embaixada dos EUA em Israel de Tel Aviv para Jerusalém viola a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, a Palestina tenta utilizar esse instrumento setorial para obter algo que o equilíbrio diplomático de poder não permite. Ao apresentar sua petição, a Palestina inaugura um período de incerteza que compromete o sentimento de estabilidade jurídica.

---

62 Resolução 12/146 de 22 de maio de 2019, adotada por iniciativa do Grupo Africano por 116 votos a favor, com a oposição da Austrália, Hungria, Israel, Maldivas, Reino Unido e Estados Unidos, afirmando que o Arquipélago de Chagos é parte integrante do território das Ilhas Maurício, que sua administração contínua pelo Reino Unido constitui um ato “ilegal” que envolve a responsabilidade internacional do Reino Unido, que deve pôr fim a isso dentro de um período máximo de seis meses.

63 COMMISSION OF THE LIMITS OF THE CONTINENTAL SHELF. *Progress of work in the Commission of the Limits of the Continental Shelf*. 5 set. 2019, Submission made by Mauritius concerning the southern Chagos Archipelagos region, Item 16, §§ 65-67.

64 Após a instituição pelas Ilhas Maurício, em 18 de junho de 2019, de um procedimento arbitral nos termos do Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar contra a República das Maldivas, ambas as partes concordaram com a transferência desse procedimento para uma câmara especial do Tribunal Internacional do Direito do Mar. Para esse fim, elas transmitiram ao Tribunal, em 24 de setembro de 2019, um acordo especial e uma notificação com o objetivo de encaminhar sua disputa relativa à delimitação da fronteira marítima no Oceano Índico para essa câmara especial. Pela Ordem 2019/4 de 27 de setembro de 2019, uma câmara especial do Tribunal foi formada para lidar com a disputa.

65 Declaração de Reivindicação da Palestina contra os Estados Unidos da América de 28 de setembro de 2018, referente a uma disputa sobre supostas violações da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

## 2. A RETÓRICA DA COMUNIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL: ORQUESTRANDO A COMPETIÇÃO ENTRE AS CLASSES DOMINANTES (OU AQUELAS QUE ASPIRAM AO PODER)

Em um sistema jurídico em que a comunidade internacional não incorpora uma comunidade de direito, ela é chamada a desempenhar o papel de uma efígie no palco discursivo; um símbolo destinado a alimentar o mito de uma sociedade internacional organizada em torno de seus valores próprios, de uma comunidade articulada por uma separação entre a esfera das relações intersubjetivas dos Estados e uma esfera pública.<sup>66</sup>

Ela se refere a uma ampla variedade de objetos no discurso doutrinário. Há o relato de uma comunidade internacional composta por todo o universo – encontrado nos teólogos espanhóis do século XVI, Francisco de Vitoria e Francisco Suárez – e o de uma “comunidade internacional de seres humanos e povos” – a *communis societas generis humani* de Grotius – que identificava essa comunidade com uma ordem natural que deriva ora da unidade do gênero humano, ora das relações de solidariedade entre as comunidades humanas. Há também a figura de uma comunidade global de solidariedade decorrente da profunda unidade do meio social internacional, que seria a personificação de uma ordem jurídica global capaz de reunir o direito internacional e os direitos nacionais, e ainda a imagem do direito internacional como o direito da humanidade como um todo.<sup>67</sup> Há também o retrato de uma “verdadeira” comunidade internacional, ainda não realizada, mas idealizada, que estruturaria a ordem jurídica internacional colocando o indivíduo em seu centro, além dos Estados

66 Por exemplo, *ver* ROSENNE, S. *Bilateralism and Community Interest in the codified Law of Treaties*. In: *Transnational Law in a Changing Society. Essays in honour of Ph. C. Jessup*, Columbia University Press, 1972, pp. 202-227; DEPUY, R.-J. *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris: Economica, 1986, 182 p.; LACHS, M. *Quelques réflexions sur la communauté internationale*. In: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally. Paris: Pedone, 1991, pp. 349-357; ABI-SAAB, G. *'Humanité' et communauté internationale dans la dialectique du droit international*, In: *Humanité et droit international*. Mélanges René-Jean Dupuy. Paris: Pedone, 1991, 382 p., pp. 1-12; WELL, P. *Cours général de droit international public*. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours de L'Académie de droit international de la Haye*. 1992-VI, vol. 237, pp. 1-369, sp. pp. 306-312; SIMMA, B. *From bilateralism to community interest in international law*. *Collecteur des courses de L'Académie de Droit International de la Haye*. 1994-VI, vol. 250, pp. 217-384; ABI SAAB, G. *Wither the International Community?* *EJIL*, vol. IX, 1998, pp. 248-265; SIMMA, B.; PAULUS, A. *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*. *EJIL*, vol. IX, 1998, pp. 266-284; ABI SAAB, G. *Abi Saab. Wither the International Community?* IX, 1998, pp. 266-277; DUPUY, P.-M. *L'unité de l'ordre juridique international*. *Cours général de droit international public, Recueil des Cours de L'Académie de droit international de la Haye*. 2002, vol. 297, pp. 9-489, sp. pp. 245

67 De acordo com essa abordagem, essa comunidade é uma realidade sociológica pré-existente ao direito internacional: o direito internacional é apenas o reflexo necessário da solidariedade intersocial dentro dessa comunidade objetiva. *Cf.*, em particular, SCELLE, G. *Droit international public*. Paris: Domat-Montchrestien, 1944, 764 p., pp. 19 e seguintes.; JENKS, W. *The Common Law of Mankind*. Londres: Stevens and Sons, 1958, 442 p.

soberanos, e que incluiria um mecanismo legislativo sem, no entanto, fundir-se com um Estado mundial.<sup>68</sup>

Presença fácil de projeções e cálculos políticos, ela é invocada por atores jurídicos ora para designar uma coletividade interestatal baseada em uma comunidade de valores e interesses compartilhados, ora para designar uma comunidade que vai além da estrutura interestatal, incluindo povos e, com eles, todos os seres humanos que os compõem; sempre, em todo caso, como uma plataforma de ajuste da concorrência entre as diferentes classes da comunidade política internacional. Por sua vez, eles invocam sua face com conveniência, por oportunismo político mesmo, em uma batalha “hegemônica” no sentido de que, quer sirva para a dominação de alguns ou para a resistência de outros, ela sustenta uma reivindicação de falar e agir em representação de um interesse público auto apreciado, de um universal que não é deliberado em comum.<sup>69</sup> Apresentado como uma verdade objetiva em vez de um produto da racionalidade, esse universal legitima sua ação.<sup>70</sup>

### **Cavalo de Troia da oligarquia: apropriação da “comunidade internacional” pelos participantes dominantes para legitimar suas ações**

Durante muito tempo, tanto a ficção de uma duplicação funcional do Estado agindo em defesa dos valores e interesses de uma comunidade internacional da qual seria o órgão, quanto a apresentação da comunidade internacional como um governo internacional *de facto* por grupos de Estados que realizam missões de interesse geral em nome de uma suposta capacidade exclusiva de alcançar o bem comum, oferecem aos Estados ou grupos de Estados os meios para legitimar ações ilegais ou para impor a seus pares instituições ou situações decididas sem seu envolvimento, com base em uma investidura – indemonstrável – por eles obtida de uma comunidade igualmente inexistente.

68 Nessa outra variante desenvolvida em particular por H. Lauterpacht (Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de L'Académie de droit international de la Haye*. 1937-IV, vol. 62, pp. 99-422), essa comunidade jurídica cosmopolita só poderia ser o produto de um direito internacional articulado em torno do indivíduo quando atingisse seu estágio final de desenvolvimento. Sobre essa visão, cf. JOUANNET, E. La communauté internationale vue par les juristes, *Annuaire français de droit international*. 2005, vol. VI, pp. 3-26. VI, pp. 3-26.

69 KOSKENNIEMI, M. A *quoi sert le droit international*. In. *La politique du droit international*, Paris: Pedone (coll. “Doctrines”), 2007, 426 p., pp. 321-356, p. 350. Em particular, o autor desenvolve a ideia de que a comunidade internacional, se é que existe uma, não é uma “comunidade teleológica”, mas “um sistema projetado para coordenar as ações de cada indivíduo a fim de avançar juntos os objetivos das subcomunidades existentes e não um sistema projetado para alcançar objetivos finais”. Portanto, ela não se baseia em princípios universais, mas em “princípios universalizáveis” (*ibid.*, p. 323).

70 KLEIN, P. *Les problèmes soulevés par la référence à la communauté internationale comme facteur de légitimité*. In. *Droit, légitimation et politique extérieure: l'Europe et la guerre du Kosovo*. Bruxelas: Bruylant, 2000, pp. 261-297. Para outra ilustração dos diferentes usos da noção de comunidade internacional na prática de Estados e atores não-estatais, a serviço de objetivos políticos, consulte BLIESEMANN DE GUEVARA, B.; KÜHN, F. The ‘International Community - Rhetoric or Reality? Tracing a seemingly well-known apparition. *Sicherheit und Frieden*, vol. 27, no. 2, 2009, p. 27, no. 2, 2009, pp. 73-79.

Uso da força – com o Tratado de Tordesilhas, em 7 de junho de 1494, Espanha e Portugal partilharam o Novo Mundo em nome do poder cristão e da humanidade como um todo. A missão de civilização liderada pelas potências ocidentais no final do século XIX em relação aos povos “não civilizados” alegava agir em nome do mundo inteiro, de acordo com uma compreensão messiânica e centrada na Europa do universal. Foi demonstrado que, para legitimar ações armadas contrárias ao direito internacional, como em Kosovo em 1999 ou no Iraque em 2003, ou ações que, como na Líbia, foram além da autorização dada pelo Conselho de Segurança,<sup>71</sup> as grandes potências se apropriaram da “comunidade internacional”. Elas alegaram ser seus agentes com o objetivo de estabelecer políticas imperialistas contra todos aqueles que não se reconhecem no modelo do estado liberal-democrático.<sup>72</sup> Argumentou-se que a retórica da comunidade internacional é uma “máquina de exclusão”<sup>73</sup>, com o objetivo de fundar um tipo aristocrático de legitimidade. Ela sugere um título para falar em nome dessa comunidade e a posse de uma licença para fazê-lo como resultado de um posicionamento institucional específico. Como explica Bertrand Badie, esses Estados afirmam ser os únicos corretos quando se trata de representar os interesses da comunidade internacional e os únicos autorizados a fazê-lo, com base em seu *status* de membros do Conselho de Segurança e nos valores herdados de sua história, que eles promovem como universais – liberdade, democracia e Estado de Direito.<sup>74</sup>

---

71 Em 26 de fevereiro de 2011, o representante francês no Conselho de Segurança, em apoio à população da Líbia contra seus líderes, enfatizou a responsabilidade da “comunidade internacional” de “intervir quando os Estados falham em seu dever” (S/PV. 6491). Não demorou muito para que os Estados da coalizão saíssem dos limites estritos da Resolução 1973 de 17 de março de 2011, que autorizava o uso da força pelo Conselho de Segurança. Isso os autorizou a usar a força para proteger os civis. Eles se esforçaram para reduzir a capacidade militar das tropas do Coronel Gaddafi fornecendo armas para a oposição. A “responsabilidade de proteger” as populações contra seus líderes foi usada como uma arma legal para derrubar o governo líbio em nome da “comunidade internacional”.

72 KENNEDY, D. The Disciplines of International Law and Policy. *Leiden Journal of International Law*, nº12, 2000, pp. 9-133; KLEIN, P. Klein. *Les problèmes soulevés par la référence à la communauté internationale comme facteur de légitimité*. *op. cit*; FEHER, M. *Powerless by Design. The Age of the International Community*. Durham: Duke University Press, 2000, 167 p. Sobre a concepção do governo dos EUA sobre a comunidade internacional, *cf.* PAULUS, A. *The Influence of the United States on the Concept of the ‘International Community’*. In: BYERS, M.; NOLTE, G. (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 57-90.

73 JOUANNET, E. *La communauté internationale vue par les juristes*. *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. VI, pp. 3-26. VI, pp. 3-26. p. 15: “As críticas recentes mais pertinentes mostraram, portanto, que a noção de comunidade, na maioria das vezes, não passa de uma máquina para excluir aqueles que são diferentes dos membros da comunidade - por exemplo, Estados não liberais em oposição aos Estados liberais - e que, basicamente, essa comunidade internacional, mesmo quando apresentada sob uma luz liberal, é constantemente usada para fins ideológicos discriminatórios que, em última análise, favorecem a hegemonia das grandes potências”.

74 BADIE, B. *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*. Paris: La découverte, 2011, 281 p., sp. pp.136-142.

Enfatizou-se o caráter “antiformalista” dessa autopromoção de valores no contexto de um direito internacional que não impõe nenhum ideal normativo preconcebido e não busca nenhum objetivo final.<sup>75</sup> Ele sustenta um naturalismo moral que fundamenta a comunidade internacional: a ação unilateral é decidida em nome de um direito de governar o mundo que procederia de um imperativo ético que fundamenta o direito dessa comunidade. Essa “face sombria”<sup>76</sup> de uma comunidade internacional tão virtuosa se reflete nos argumentos apresentados pelos Estados da coalizão que realizaram ataques direcionados contra a Síria em abril de 2018. Esses ataques foram realizados fora do mecanismo de segurança coletiva. Sem nunca colocar o debate no terreno da legalidade, seus autores os justificaram com referência à sua legitimidade, na medida em que constituíam uma resposta à violação de valores considerados como os mais fundamentais da “comunidade internacional”. Eles foram realizados em resposta a um ataque com armas químicas dirigido contra civis pelo regime sírio. Como cumpriram o propósito essencial do direito dessa comunidade, incorporado nos objetivos e valores proclamados pela Carta das Nações Unidas, essa retaliação armada não seria contrária a ela, mesmo que contradissesse seus termos.<sup>77</sup> E para a comunidade internacional, tão oportunamente convidada a se exaurir nos propósitos a que serve: se “três membros permanentes do Conselho de Segurança [...] intervieram como último recurso”, foi para que “a comunidade internacional fosse respeitada”, declarou o presidente francês Emmanuel Macron durante um discurso televisionado no dia seguinte aos ataques, acrescentando em seguida: “foi a comunidade internacional que interveio”. A justificativa para os ataques advém tanto do governo internacional de fato quanto da duplicidade funcional. A hipótese sustentada é a de uma comunidade assimilada aos três membros ocidentais permanentes do Conselho de Segurança, dotada de poderes objetivos para realizar missões de interesse geral, e também a de um Estado que não se confunde com a comunidade internacional, mas age em seu nome como seu braço armado. Atribuída a diferentes figuras, a comunidade internacional é desencarnada. Ela coincide com uma comunidade de valores.

*Status dos Espaços* – Em outra área, a figura do governo internacional de fato encontra uma expressão emblemática na governança do continente Antártico, que foi assumida por um círculo restrito de Estados com base nos poderes objetivos que eles reconhecem ao assumir essa missão vital para e em nome da humanidade. O Tratado da Antártica, concluído em Washington em

75 KOSKENNIEMI, M. A quoi sert le droit international. In. La politique du droit international. Paris: Pedone (coll. “Doctrines”), 2007, 426 p., pp. 321-356, p. 335.

76 KENNEDY, D. *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2004, 400 p.

77 Cf. LESAFFRE, P. *La défense de la légalité objective comme juste cause. Mémoire de recherches*. M2 Droit international et organisations internationales, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 103.

1º de dezembro de 1959 pelos doze Estados cujos cientistas haviam realizado atividades na Antártica e em seus arredores durante o Ano Internacional da Geofísica (1957-1958),<sup>78</sup> estabelece os elementos de um *status* internacional para o continente: um congelamento provisório das várias reivindicações territoriais, liberdade de acesso ao continente para fins pacíficos – principalmente pesquisa científica – e gestão do continente provisoriamente confiada a apenas um pequeno número desses cinquenta e quatro Estados signatários. Trata-se de um tratado “fechado”, pois a adesão de qualquer novo participante está sujeita à aprovação de todos os Estados partes.<sup>79</sup> Assim, estes últimos se outorgaram total liberdade para decidir sobre a composição de seu círculo virtuoso em um continente que reconhecem ser de interesse para o destino da humanidade. É também um tratado que introduz assimetrias entre seus participantes: apenas as vinte e nove “Partes Consultivas” participam plenamente do sistema institucional estabelecido pelo tratado, na medida em que demonstraram o interesse substantivo que têm no continente ao realizarem atividades substanciais de pesquisa científica. As vinte e cinco partes “não-consultivas” participam das “Reuniões Consultivas do Tratado da Antártica” sem direito a voto.<sup>80</sup> Como o estabelecimento de estações antárticas e o envio de missões para a região estão essencialmente abertos apenas aos Estados mais desenvolvidos, o Tratado segue um modelo aristocrático: a governança do continente é responsabilidade dos “melhores”. Para terceiros, é uma pretensão inoponível de um grupo de Estados para se estabelecer como o governo internacional de fato da Antártica, sem legitimidade alguma: essas vinte e nove partes “consultivas” representam legalmente apenas a si mesmas ou a comunidade que formam. Não é irrelevante observar que, além de seu efeito relativo, o instrumento convencional é aqui o suporte para a pretensão de um pequeno número de governar o mundo em nome do interesse geral, uma “máquina de exclusão” – uma das características da oligarquia, em um contexto normativo mais amplo que permite a consolidação jurídica desse tipo de reivindicação em uma base costumeira, implicando, assim, a reação de terceiros.<sup>81</sup>

---

78 As doze partes originais incluem os sete Estados com reivindicações territoriais no continente (Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália, Noruega, Chile, Argentina e França) e cinco outros (Estados Unidos, URSS (atual Federação Russa), Japão, Bélgica e África do Sul).

79 Artigo XIII do Tratado de Washington de 1º de dezembro de 1959.

80 As doze partes originais estão representadas, por direito, nas “Reuniões Consultivas”, o órgão conjunto estabelecido pelo Tratado de 1959. Os dezessete novos membros que, de acordo com as condições estabelecidas no Artigo IX § 2 do Tratado, “demonstraram seu interesse na Antártica realizando atividades substanciais de pesquisa científica no local, como o estabelecimento de uma estação ou o envio de uma expedição” também estão representados. O tratado introduz, portanto, uma dupla discriminação entre, por um lado, suas partes originais e não originais e, por outro lado, suas partes “consultivas” e “não consultivas”, daí a coexistência no sistema do tratado de “prevalentes, eleitos e convocados” – DUPUY, R.-J. Dupuy. *Le Traité sur l’Antarctique. Annuaire français de droit international*. 1960, pp. 111-132, p. 119.

81 A reivindicação das partes “consultivas” do Tratado de 1959 de se estabelecerem como o go-



## Instrumento de redistribuição de poder: a ideia da “comunidade internacional”, vetor de um novo direito internacional

A serviço da mesma pretensão de governar o mundo, a ideia da comunidade internacional também é um agente de mudança para a maioria “dominada” e para aqueles que falam em seu nome. Esse fenômeno encantatório visa renovar o sistema de poder dentro da sociedade internacional a partir de uma comunidade internacional voltada a objetivos categóricos.

*Liderança em uma “comunidade internacional” moldada a seu favor* – A utilização contestatória da comunidade internacional enriquece a dinâmica desenvolvida pelo “Grupo dos 77 e a China”, ao mesmo tempo da estratégia de seu líder. O Estado chinês difunde e promove sua própria abordagem do direito internacional e da comunidade internacional. Fechada aos indivíduos e à sociedade civil, essa comunidade é um grupo de Estados-nação soberanos cuja interdependência é articulada por um “destino comum”, inevitavelmente designado a cooperar para apoiar uns aos outros na busca de seus respectivos desenvolvimentos.<sup>82</sup> “Instigar a comunidade internacional a empreender urgentemente medidas para pôr fim à imposição de sanções econômicas unilaterais coercitivas contra países em desenvolvimento” é um desafio velado às sanções dos EUA, buscando assumir a liderança desde o início e por meio de um multilateralismo reformulado em favor da China.<sup>83</sup> Ao convocar a “comunidade internacional” para unir seus esforços e apoiar a Organização Mundial da Saúde no exercício de seu mandato, o “Grupo dos 77” está tirando proveito da superpotência do

---

verno *de fato* da Antártica tem sido contestada por muitos Estados, que permaneceram fora do regime do tratado. Desde sua conclusão, as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas reiteraram o interesse de todos no continente e o direito de todos de participar de sua gestão e da regulamentação de seu uso. O *status* da Antártica, em qualquer caso, é limitado no tempo (trinta anos, desde a renovação), mantendo-se apenas como um *status* transitório em decorrência do consentimento dado a ele. As resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas adotadas sobre o assunto, que expressam a *opinio juris* dos Estados sobre esse ponto, proíbem sua perpetuação com base no costume.

- 82 A noção de uma “comunidade de destino” foi oficialmente desenvolvida pelo presidente chinês em 2015 e estrutura o projeto das Novas Rotas da Seda. Ela se baseia em quatro pilares: igualdade e respeito mútuo entre os Estados, cooperação recíproca e desenvolvimento comum, a conquista de uma segurança comum, abrangente, cooperativa e sustentável, bem como a coexistência e o aprendizado mútuo entre diferentes civilizações. Ela foi incorporada à Constituição chinesa em 2017. Sobre a política de influência das novas grandes potências no direito internacional, cf. CAIN, C. New Great Powers and International Law in the 21st Century. *European Journal of International Law* (2013), vol. n.º24-3.
- 83 O motivo desse apelo à “comunidade internacional” reside, nas palavras do comunicado, no fato de que “a promulgação e a aplicação de medidas econômicas coercitivas unilaterais terão um impacto negativo sobre a capacidade dos Estados de responder de forma eficaz, particularmente no que diz respeito à aquisição de equipamentos e suprimentos médicos necessários para fornecer às suas populações um atendimento eficaz diante dessa pandemia” e que “essas medidas também prejudicam a cooperação e a solidariedade essenciais que devem prevalecer entre as nações”. G77 E CHINA. *Statement by the Group of 77 and China on the Covid-19 Pandemic*. Nova Iorque, 3 de abril de 2020, § 7. Disponível em: <https://www.g77.org/statement/getstatement.php?id=200403>.

Estado chinês – e este último está mobilizando a maioria e a retórica da comunidade internacional para reforçar sua influência, apresentada como uma jurisdição inclusiva e estruturada em torno da cooperação internacional.<sup>84</sup>

*Democratização em prol da maioria dominada por meio de uma “comunidade internacional” ampliada* – A invocação militante da comunidade internacional também orienta o trabalho da Comissão de Direito Internacional. Desde o início dos anos 2000, o órgão de codificação das Nações Unidas tem preferido os tradicionais projetos de Convenção, que estão sujeitos à negociação entre os Estados de acordo com os procedimentos clássicos da diplomacia, a guias ou diretrizes para uso direto dos profissionais do direito internacional, inserindo-se, assim, em uma ideologia de ampliação do conhecimento destinada principalmente aos Estados menos desenvolvidos em termos de recursos e competência técnica e suas jurisdições domésticas. Ao abrir os instrumentos do direito internacional a todos os usuários e usos possíveis, ela contribui para apoiar certas classes de Estados em sua busca pelo poder. Atualmente, a Comissão articula um projeto de normas peremptórias de direito internacional geral com base em uma concepção da comunidade internacional que serve à sua busca pela democratização do direito internacional.

Adotado em primeira leitura em 2019, o projeto busca conciliar duas visões inconciliáveis do *jus cogens*.<sup>85</sup> Originada do positivismo jurídico e consagrada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a primeira visão considera o *jus cogens* como uma instituição jurídica que rege tanto as condições sob as quais uma norma se torna peremptória quanto os efeitos dessa norma em virtude de sua natureza peremptória. Isso está expresso na Conclusão 2, Definição de uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*): “Uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*) é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral (*jus cogens*) com o mesmo caráter”. Nessa visão, as regras peremptórias são aquelas desejadas ou, pelo menos, consideradas como tal pela comunidade internacional de Estados como um todo. O *status* de regra peremptória é, portanto, o produto de uma qualificação realizada na ordem jurídica por uma comunidade internacional confundida com a comunidade de Estados. De acordo com outra visão, endossada pela Comissão sob proposta do *Rapporteur*

---

84 G77 E CHINA. Statement by the G-77 and China in support of the WHO in the fight against Covid-19. Nova Iorque, 19 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.g77.org/statement/getstatement.php?id=200419>. Ver também, acima, as declarações da China sobre vacinas como um “bem público global”.

85 CDI. Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*). Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, pp. 150-220.

Especial sobre o assunto, o *jus cogens* seria “a manifestação de uma ordem superior que se imporia às soberanias estatais em virtude da sua essencialidade de substância”. Assim, de acordo com a Conclusão 3: “As normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*) refletem e protegem os valores fundamentais da comunidade internacional, são hierarquicamente superiores a outras regras do direito internacional e são universalmente aplicáveis”.

Esse jusnaturalismo subjacente estrutura uma distinção entre duas comunidades internacionais: a “comunidade internacional de Estados como um todo” e a “comunidade internacional” – que engloba a primeira, mas é mais ampla do que ela e cujos contornos são incertos. O *jus cogens* não seria o produto da atividade jurídica de uma comunidade interestatal, garantidora de um interesse coletivo cuja determinação seria de sua responsabilidade. Emanando da consciência da humanidade, ele refletiria e protegeria os valores intrinsecamente pertencentes a uma comunidade internacional amplamente compreendida. Por sua própria imanência, ela se imporia à comunidade de Estados, que, portanto, estaria limitada a um papel declaratório de um imperativo que precede sua intervenção.<sup>86</sup> Essa mudança conceitual se reflete no fato de que, enquanto na lógica da Convenção de Viena, a comunidade internacional de Estados detém o poder legal de tornar uma norma geral peremptória, a aceitação e o reconhecimento da natureza peremptória de uma norma pela comunidade internacional de Estados é, do ponto de vista do texto adotado, um critério para determinar a existência de sua natureza peremptória, permitindo que ela seja “considerada” como tal, e não uma condição de sua existência. A comunidade internacional de Estados é a câmara de registro – embora inescapável – de um imperativo do qual ela não é (mais) a origem.<sup>87</sup> A hierarquização das comunidades interna-

---

86 O *Rapporteur Especial* apoiou a ideia de que o *jus cogens* é o produto da comunidade internacional em sentido amplo, a encarnação de valores intrinsecamente superiores, mas que tinha de ser constatado pela comunidade de Estados - *ver*, por exemplo, CDI. Segundo relatório sobre normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*), por Dire Tladi, *Rapporteur Especial*, 16 de março de 2017. A/CN.4/706, pp. 33-34, § 70: “Embora, na prática e na doutrina, o *jus cogens* continue a ser vinculado à noção de consciência da humanidade, os documentos invocados para ilustrar o reconhecimento de normas como pertencentes ao escopo do *jus cogens* continuam sendo documentos elaborados pelos Estados, como tratados e resoluções da Assembleia Geral”.

A Comissão procurou minimizar a visão desenvolvida por seu *Rapporteur Especial* (em particular, atenuando seus efeitos nos comentários). No entanto, ela estava muito dividida sobre o assunto e não conseguiu se desvencilhar da concepção teórica do *Rapporteur Especial*, e as tentativas de alguns de seus membros de colocar a concepção formal e positivista do *jus cogens* de volta no centro do projeto não deram em nada.

87 Conclusão 4. Critérios para a determinação de uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*): “Para que uma norma seja considerada uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*), é necessário demonstrar que a norma em questão satisfaz os seguintes critérios: (a) É uma norma de direito internacional geral; e (b) É aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral com o mesmo caráter” - CDI. Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*). Report of the International Law Commission.

cionais permite subverter a lógica do artigo 53 da Convenção de Viena – cujos termos são, no entanto, repetidos na conclusão 2 sem serem especificados, especialmente as noções de comunidade internacional de Estados e *opinio cogentis* da comunidade internacional de Estados – colocando-a em xeque. Esta hierarquização posiciona a noção de comunidade internacional a serviço do ativismo jurídico, utilizando-a como um instrumento na luta por um direito internacional diferente: não um direito estruturado na forma de uma comunidade jurídica que precisa ser criada, mas um direito que sirva às aspirações de poder da maioria, pois é produzido por um processo majoritário e dotado de oponibilidade objetiva.

O texto adotado pela Comissão caracteriza o *jus cogens* por referência à sua natureza, ou seja, à sua substância essencial. A superioridade hierárquica de certas regras e sua aplicabilidade universal derivam não do fato de que a comunidade de Estados as considera fundamentais e, portanto, sujeitas à não derogabilidade legal, mas da imanência dos valores que elas protegem, de um fato preexistente a qualquer forma de qualificação ou avaliação na ordem jurídica. Eles são, portanto, impostos à comunidade de Estados e a cada Estado em virtude de uma superioridade natural.<sup>88</sup> Portanto, basta estabelecer a suposta essencialidade intrínseca de uma comunidade internacional que nunca se caracteriza de outra forma para concluir que a norma na qual ela se baseia existe objetivamente. Em sua própria concepção, o próprio texto convida a essa operação,

---

Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 167.

Cf. também a Conclusão 7: “É a aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional de Estados como um todo que é relevante para fins de determinação de normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)” - *Ibid.*, p. 176.

A aceitação e o reconhecimento pelos Estados são, portanto, “relevantes para determinar se uma norma é peremptória” e não para que ela seja peremptória. - Commentary Conclusion 4, *ibid.*, p. 177

88 O comentário à conclusão 3, por exemplo, afirma que “[a] forma verbal ‘refletir’ tem a intenção de indicar que o(s) valor(es) fundamental(is) em questão justifica(m) parcialmente o *status* de normas peremptórias concedido às disposições do direito internacional geral em questão” (ponto 2), e que “o fato de que as normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*) refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional está ligado ao conteúdo das normas em questão” (ponto 3) (CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 160), e que a superioridade hierárquica e a aplicabilidade universal das normas peremptórias são características e consequências dessas normas (pontos 8 e 12, *ibid.*, pp. 163-165). Elas são consequências “na medida em que o fato de determinar que uma norma é uma norma peremptória do direito internacional geral (*jus cogens*) tem o efeito de estabelecer sua superioridade sobre outras normas [e sua aplicabilidade universal]. Mas também é uma característica dessas normas, uma vez que a superioridade hierárquica [e a aplicabilidade universal] é um elemento que descreve a natureza das normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*)” (parágrafo 8). A natureza imperativa e, portanto, a superioridade e a aplicabilidade universal das normas de *jus cogens* derivariam da essencialidade intrínseca dos valores protegidos por essas normas, pelo menos tanto quanto do caráter essencial atribuído a elas pela comunidade internacional de Estados. Os membros da Comissão que se opuseram a esse ponto de vista obtiveram a inclusão da seguinte declaração no ponto 16 do comentário sobre a conclusão 3: “Alguns membros da Comissão consideraram que a diferença entre ‘critérios’ e ‘características’ não era clara, assim como a proposta de que essas ‘características’ deveriam constituir evidência adicional” - *ibid.*, p. 166.

por meio de uma confusão entre o mecanismo formal do *jus cogens* e sua fonte material de inspiração, que autoriza todas as formas possíveis de extrapolação – e, portanto, de manipulação. O caráter fundamental do *jus cogens* garante sua permeabilidade com categorias jurídicas que obedecem a uma lógica material semelhante, permitindo a identificação “indireta” de normas peremptórias, ou seja, sua caracterização em função de sua pertença àquelas outras instituições cuja fonte formal é diferente (normas *erga omnes*, normas “intransgressíveis”, normas que proíbem certos tipos de condutas como crimes internacionais).<sup>89</sup> De forma ainda mais surpreendente, a superioridade intrínseca do *jus cogens* justificaria a qualificação das regras como pertencentes ao escopo de uma prática que apontou sua “importância”.<sup>90</sup> O papel que o *Rapporteur* Especial, e com ele a Comissão, procuram dar ao *jus cogens* é expresso em todo o seu escopo em relação à “obrigação” de proteger o meio ambiente. Seu *status* como *jus cogens* derivaria de sua importância para a própria sobrevivência da humanidade. Entretanto, ainda não há evidências de que a comunidade de Estados como um todo reconheça essa realidade. A obrigação de proteger o meio ambiente seria, portanto, *cogens* em si mesma e, portanto, universalmente aplicável como norma... embora seu caráter de norma geral de direito positivo seja debatido. O *jus cogens* dessa ampla e evanescente comunidade internacional é uma máquina para produzir regras objetivas.

Como ela se baseia em normas intrinsecamente aplicáveis, outro de seus efeitos lógicos é neutralizar o mecanismo de objeção persistente. A Comissão defende a ideia de que a natureza imperativa de uma norma implica sua aplicabilidade, como norma, contra Estados que se opuseram à sua formação. Não apenas a regra do objetor persistente seria inaplicável a objeções a normas peremptórias – o que é óbvio em termos da mecânica do *jus cogens*, sendo as normas peremptórias uma qualidade heterônoma, o produto de uma decisão de uma entidade distinta dos Estados e que os vincula como tal. Além disso, a natureza imperativa de uma regra também eliminaria a possibilidade de manter

89 Ver, em particular, CDI. **Quarto relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)**, por Dire Tladi, *Rapporteur* Especial, 31 de janeiro de 2019, A/CN.4/727. Em apoio ao reconhecimento do valor peremptório de certas normas, o *Rapporteur* invoca seu “reconhecimento indireto” como tal: ao qualificar uma obrigação como *erga omnes*, a Corte Internacional de Justiça reconhecera indiretamente sua natureza peremptória (§§ 102-109). O reconhecimento da natureza “intransgressível” dos princípios básicos do direito internacional humanitário também equivaleria a uma qualificação “indireta” do *jus cogens* – *Ibid.*, § 117.

90 Na ausência de reconhecimento expresso na prática, na ausência até mesmo de “reconhecimento indireto”, “indicações” seriam suficientes para estabelecer o reconhecimento pela comunidade internacional. Com relação ao apartheid, por exemplo, o *Rapporteur* Especial considera que sua caracterização pela Corte Internacional de Justiça como uma “negação dos direitos humanos fundamentais” e uma “violação flagrante dos propósitos e princípios da Carta” (Parecer de 1970 sobre a Namíbia) constitui uma “indicação” de que a Corte “incluiria a proibição do apartheid e da discriminação racial como um exemplo de *jus cogens*” (CDI. **Quarto relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)**, por Dire Tladi, *Rapporteur* Especial, 31 de janeiro de 2019, A/CN.4/727, §§ 93-96, 110-111).

uma objeção persistente ao costume que a sustenta.<sup>91</sup> Essa abordagem é questionável de um ponto de vista estritamente formal, particularmente nos casos em que a objeção persistente é anterior ao advento das normas peremptórias: o fato de que as normas peremptórias, como produto da comunidade de Estados, são obrigatórias para os Estados em suas relações jurídicas (não-derrogabilidade) não significa que a norma na qual elas se baseiam seja executável contra o objeto persistente agindo sozinho. Essa é uma extensão dos efeitos do *jus cogens*, sem dúvida justificada pelo regime do *jus cogens* no direito de responsabilidade, em vez de um efeito específico do *jus cogens*. Ao vinculá-lo à aplicabilidade universal supostamente intrínseca das normas de *jus cogens*, a Comissão apresenta sua concepção sobre o conceito O *jus cogens* não é (mais) um mecanismo de ‘sobrequalificação’ de regras existentes. Ele se torna um dispositivo para impor obrigações substantivas aos Estados.

No entanto, esse dispositivo substitui os procedimentos atuais de criação do direito internacional por uma lógica majoritária, o que não deixa de evocar certas problemáticas associadas à nova ordem econômica internacional. Seguindo o exemplo de seu *Rapporteur* Especial, a Comissão optou por desconectar o direito imperativo de sua base consuetudinária. Embora seja lembrado que a existência de uma regra de *jus cogens* exige a existência prévia de uma regra de direito internacional geral,<sup>92</sup> também é aceito que os princípios gerais do direito (nos termos do artigo 38 do Estatuto da CIJ) podem servir como base para o *jus cogens*.<sup>93</sup> Essa proposta não encontra nenhum apoio no direito positivo.<sup>94</sup>

91 Conclusão 14. Regras de direito internacional consuetudinário em conflito com uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*): “[...] 3. A regra do objeto persistente não se aplica a normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)” (CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 196). O ponto 10 do comentário afirma que “se uma regra de direito internacional consuetudinário à qual um Estado persiste em objetar for aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo como uma regra da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com o mesmo caráter, o efeito da objeção persistente desaparece” (*ibid.*, p. 197).

92 Ao afirmar que, “para que uma norma seja considerada uma norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*), é necessário demonstrar que a norma em questão satisfaz os seguintes critérios: a) É uma norma de direito internacional geral; e b) É aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo [...]”, a conclusão 4 repete a abordagem de duas etapas consagrada no artigo 53 da Convenção de Viena (CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, pp. 167-168) - com a diferença significativa, entretanto, de que esses critérios são, nos termos do artigo 53, critérios da existência de *jus cogens*, ao passo que se tornam critérios de determinação no projeto da Comissão.

93 Conclusão 5: *Fondements* [Fundamentos] das normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*): “1. O direito internacional consuetudinário é o *fondement* [fundamento] mais comum das normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*). 2. Disposições de tratados e princípios gerais do direito também podem servir como base de normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*)” (CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 168). O termo “*fondement*” [fundamento] usado na tradução francesa não parece fiel ao significado da conclusão, intitulada “Bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*)” na versão original.

94 O Comentário sobre a conclusão 5 admite (em uma nota de rodapé) que “a prática de reco-

Entre outras dificuldades,<sup>95</sup> esses princípios são derivados da legislação nacional e não da prática internacional. Mantê-los como uma possível base para o direito peremptório é remover a prática do Estado do primeiro estágio na identificação ou, pelo menos, na determinação do direito peremptório e, com isso, os requisitos de frequência, uniformidade, consistência e representatividade exigidos para a prova do costume. Estabelecer a existência de uma regra peremptória, uma qualidade considerada excepcional, seria, portanto, um processo menos restritivo do que estabelecer um costume geral.<sup>96</sup> Esse nivelamento dos requisitos para a determinação do *jus cogens* persegue um objetivo que fica claro no restante do texto.

A Comissão aceita que a prova de aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional de Estados da natureza peremptória de uma norma geral “pode assumir uma ampla variedade de formas”, incluindo resoluções adotadas por uma organização internacional ou em uma conferência intergovernamental.<sup>97</sup> Por meio dessa solução minimalista, que simplesmente se refere à natureza multifacetada dos meios de prova sem indicar o nível de prova necessário ou exigir qualquer limiar, a Comissão revela o objetivo de abrir a determinação do *jus cogens* com base em uma representação majoritária (“uma maioria muito grande de Estados”), livre de qualquer exigência de prática correspondente. Por

---

nhecer princípios gerais do direito como base de normas peremptórias do direito internacional geral (*jus cogens*) é limitada” e, no ponto 8, relata as divergências entre os membros da Comissão sobre o tema dos princípios gerais do direito como base normativa do *jus cogens*: “[foi] dito, no entanto, que a proposição de que normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*) podem encontrar sua base em princípios gerais do direito não foi suficientemente apoiada pela posição dos Estados ou pela jurisprudência internacional” - CDI. *Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. Report of the International Law Commission. Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, pp. 171 e 172).

- 95 Parece inconsistente que os princípios que, por si só, são aplicáveis apenas subsidiariamente possam ser considerados “hierarquicamente superiores” às regras costumeiras ou convencionais que são aplicáveis principalmente. O caráter imperativo de certos princípios gerais significaria, então, a invalidade de costumes e convenções contrárias ou a prevalência desses princípios? E ainda deve ser entendido que somente as normas qualificadas como princípios gerais do direito por uma jurisdição internacional são passíveis de serem identificadas como peremptórias; mas, nesse caso, por qual(is) jurisdição(ões), por quantos precedentes nesse sentido, o que acontece em caso de divergência etc.? A proposta levanta muito mais dificuldades do que resolve.
- 96 As declarações de alguns membros da Comissão argumentando que as Constituições nacionais podem ser uma “fonte” de *jus cogens* por expressarem “valores fundamentais e compartilhados” são edificantes a esse respeito - *ver, inter alia*, CDI. *Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. Report of the International Law Commission. Sixty-ninth session, 2017, A/72/10, p. 206, § 167.
- 97 Conclusão 8. Prova de aceitação e reconhecimento, que também identifica como outra forma possível de prova as declarações públicas dos Estados, publicações oficiais, pareceres jurídicos governamentais, correspondência diplomática, atos legislativos e administrativos, decisões de tribunais nacionais e disposições de tratados, apresentados como documentos que expressam ou refletem as opiniões dos Estados. Eles “são o resultado de processos que possibilitam a descoberta das opiniões e pontos de vista dos Estados. Tratados e resoluções adotados pelos Estados no âmbito de organizações internacionais ou conferências intergovernamentais são um exemplo óbvio” - CDI. *Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens)*. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, pp. 179-181 e p. 180.

exemplo, uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovada por uma grande maioria que afirme a natureza peremptória de um princípio geral de direito, sem base na prática costumeira, seria suficiente para estabelecer a natureza peremptória desse princípio. Sendo as normas peremptórias apresentadas como naturalmente dotadas de aplicabilidade universal, uma “maioria muito grande de Estados”<sup>98</sup> poderia reivindicar, em nome de uma lógica majoritária, a imposição à minoria, por meio de um *jus cogens* tão complacente, obrigações internacionais (que, além disso, são insuscetíveis de derrogação) às quais seus membros não teriam consentido. Estas resoluções, que provavelmente forneceriam um meio de provar o *jus cogens*, não se limitam àquelas que afirmam o caráter imperativo de uma determinada norma, mas incluem qualquer resolução que expressasse a natureza essencial dessa norma ou aponte para a natureza “desumana” da prática que ela proíbe.<sup>99</sup>

Os Estados que legitimam suas ações unilaterais fazendo referências aos interesses de uma comunidade internacional que supostamente estaria sendo defendida contra a violação de normas fundamentais, e a superpotência chinesa que defende sua própria visão da comunidade internacional para conquistar o mundo, expressaram ampla e abertamente sua oposição às orientações tomadas pela Comissão de Direito Internacional perante o Sexto Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas. A comunidade internacional, que não é fixada por nenhuma oligarquia, é de fato um mito bem imaginado: poucos atores da sociedade internacional e suas classes aspiram à sua realização jurídica; todos a apoiam em prol de sua busca pelo poder.

---

98 Conforme estabelecido na Conclusão 7, “a aceitação e o reconhecimento por uma grande maioria de Estados são necessários para determinar uma norma como norma peremptória de direito internacional geral (*jus cogens*)” - CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 176.

99 Cf. o ponto 6 do comentário ao projeto de conclusão 8 - CDI. **Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. Report of the International Law Commission. Seventy-first session, 2019, A/74/10, p. 181.

De forma ainda mais explícita, o *Rapporteur* Especial sustenta que a prática dos Estados de reconhecer a natureza peremptória da proibição do apartheid é expressa pelas muitas resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral das Nações Unidas que condenaram essa prática, afirmando que ela viola os direitos humanos fundamentais. “Embora essas resoluções não tenham usado a linguagem de ‘*jus cogens*’ ou ‘normas peremptórias’, elas usaram uma linguagem que descreve a proibição em termos semelhantes aos usados para descrever, por exemplo, genocídio e tortura” - CDI. **Quarto relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)**, por Dire Tladi, *Rapporteur* Especial, 31 de janeiro de 2019, A/CN.4/727, § 96.

A mesma lógica é aplicada para estabelecer a natureza peremptória do direito à autodeterminação: o número de resoluções que afirmam sua natureza “fundamental” seria um sinal de seu reconhecimento pela comunidade internacional como pertencente ao *jus cogens* - *ibid.*, §§ 110-111.