

ASPECTOS JURÍDICO-FILOSÓFICOS DA LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Uma questão que, frequentemente, é objeto de disputa entre doutrinadores e estudiosos do Direito Internacional Público e, por conseguinte, com implicações sobre todos seus organismos e toda sua estrutura, diz respeito a sua legitimidade.

Sendo o Conselho de Segurança um órgão da Organização das Nações Unidas, e encontrando-se essa no rol de sujeitos de Direito Internacional Público, tem-se por imprescindível a análise da legitimidade desse último. Esse é embrião daquele, e sem ele o outro não existe.

Julga-se conveniente, portanto, conceituar “legitimidade”, verificar o que envolvem as definições e teorias que nela incidem, discutir quais são as condições mais razoáveis a fim de que se admita sua existência e em que consistem tais requisitos, aquilatar a existência de legitimidade do Direito Internacional Público e, ao final, preparar as bases para considerar a integração do Conselho de Segurança com a concepção formulada.

1.2. Conceito de Legitimidade

Allen Buchanan, notório filósofo do direito internacional público contemporâneo, perpetra adequado discernimento entre as duas acepções de “legitimidade”:

Apesar de autores de Direito Internacional Público e Relações Internacionais frequentemente falhem em realizar a distinção, ‘legítimo’ possui ambos, sociológico e normativo significados. Uma instituição que intenta governar é legítima no sentido normativo se, e somente se, tiver *o direito de regulamentar*. Teorias rivais de legitimidade diferem a respeito do que consiste o direito de regulamentar e de que condições devem ser satisfeitas para uma instituição possuir o direito de regulamentar. Chamar uma instituição de legítima no sentido sociológico é um errôneo meio de dizer que é vastamente *acreditada* possuir o direito de regulamentar.¹

Apeguemo-nos, destarte, ao significado normativo de legitimidade, em razão do caráter político-jurídico desta abordagem.

Utilizando-se das palavras de Buchanan, frisa-se a importante verificação da legitimidade normativa do DIP:

¹ BUCHANAN, Allen. The legitimacy of international law. In: : BESSON, Samantha; TASIOLAS, John (Ed.). **Philosophy of International Law**. New York, Oxford University Press, 2010, p. 134. (tradução nossa). (grifo nosso).

“Tanto leis como instituições legais são taxadas de legítimas ou ilegítimas, mas a legitimidade institucional é primordial, na medida em que a legitimidade das leis específicas ou de um corpo jurídico depende da legitimidade das instituições fabricam, interpretam e aplicam as leis (embora instituições legítimas possam, as vezes, produzir leis ilegítimas). Portanto, leis internacionais são legítimas apenas de as instituições que as produzirem forem legítimas.²

O professor emprega, então, as fontes de direito internacional público na base de formulação de seu raciocínio, pelo que se transcreve:

Chamemo-las de instituições-fonte de normas internacionais de (IFNI). Por instituição, aqui, se entende (em esboço) um padrão persistente de um comportamento organizado, regulamentado e coordenado. Usando essa noção genérica de ‘instituição’, nós podemos dizer que existem três tipos de IFNI: a instituição da realização de tratados, a instituição dos costumes de direito internacional e as instituições das administrações globais, a qual inclui uma diversidade de entidade, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), regimes ambientais como os estabelecidos pelos Tratados de Kyoto [...] Instituições de administração mundial, apesar de criadas e sustentadas por meio de tratados celebrados por vários Estados, estão gradativamente tomando funções de fabricação normativa.³

Ademais, antes de adentrar profundamente no tema, tem-se por apropriada a realização da ressalva feita pelo filósofo, segundo o qual “Atualmente, não há nada próximo de uma adequada teoria de legitimidade do direito internacional público.”⁴

1.3 O Direito de Regulamentar e o embate conceutivo

Foi demonstrado, acima, que a “legitimidade normativa” existe quando há, no que concerne àquelas “instituições” apresentadas, o “direito de regulamentar”. Passa-se, agora, à sua análise.

Buchanan, abordando o assunto, diz haver fracas e fortes interpretações do termo “direito de regulamentar”, e é competentemente conciso quando observa a mais importante delas, qual seja, a visão doutrinária dominante:

O que pode ser denominada a visão filosófica dominante (VFD) de *legitimidade de estado* emprega um fortíssimo entendimento do direito de regulamentar, o qual tem incluso seis elementos: (a) os agentes das instituições são eticamente justificados em engajar em funções governamentais, o que inclui a emissão de regras e inclusão de custos e benefícios a vários agentes, a fim de facilitar a complacência com esses (a condição da governança justificada); (b) os agentes da instituição são eticamente justificados em usar coerção para assegurar a condescendência com as regras da instituição (a condição da coerção justificada); (c) apenas os agentes da instituição são eticamente justificados em engajar nas funções governamentais no domínio da ação em questão (a condição de exclusividade justificada); (d) os agentes da instituição são moralmente justificados no uso de coerção

² *Ibid.*, p. 134/135. (tradução nossa)

³ *Ibid.*, p. 135. (tradução nossa).

⁴ *Ibid.* (tradução nossa)

com o fim de prevenir outros de tentarem engajar nas atividades governamentais dentro do seu domínio (a condição de exclusividade de coerção); e (e) aqueles que a instituição tenta governar tem uma obrigação ética essencialmente autossuficiente para sujeitar-se à (todas) as regras que a instituição impõe (a condição da obrigação ética essencialmente autossuficiente).⁵

Essa definição de legitimidade, abraçada pela corrente majoritária da doutrina jurídico-filosófica, de tão rigorosa, excluiria a unanimidade das instituições internacionais. Tendo isso em mente, o professor roga por uma interpretação mais flexível de “legitimidade normativa”:

Entretanto, não há razão para assumir que apenas instituições que governam (regulamentam) dentro desses rígidos parâmetros podem ser ditos serem legítimos ou ilegítimos, isto é, podem ter o direito de regulamentar ou faltá-lo. Na realidade, existem muitas instituições, incluindo todas as instituições internacionais existentes, que não regulamentam nesse rijo sentido e nem mesmo clamam fazê-lo. É *mais* plausível dizer que a rígida noção de governança delimitada pela concepção filosófica doutrinária de legitimidade é pertinente se nós focarmos apenas na legitimidade de uma espécie peculiar de instituição, qual seja, o Estado.

Uma maneira melhor de entender o elemento de ‘ser eticamente justificado em governar’ de legitimidade é o seguinte: ser eticamente justificado em emitir regulamentos e buscar assegurar sua aquiescência por meio de apensar custos para a sua não-complacência e/ou benefícios para sua complacência.

[...] O entendimento da VFD acerca do que vale como *regulamentar* (isto é, governar) é tão impropriamente rígido como o entendimento do direito de regulamentar. Muitas instituições internacionais legais não clamam um direito de regulamentar *exclusivo*, fazendo, ainda assim, perfeitamente plausível perguntar se elas são legítimas (em um sentido relativo). Por exemplo, a Organização Mundial do Comércio (OMC) não clama que ela somente é justificada em engajar-se multilateralmente para promover a liberalização do comércio; ela reconhece a legitimidade dos regimes regionais de comércio que promovem tal liberalização. Similarmente, o Tribunal Penal Internacional (TPI) não clama ser o único tribunal que deve justificadamente promover ação penal em crimes internacionais especificados em seu estatuto.⁶

Dessa forma, expondo a extrema inflexibilidade doutrinária, propõe:

Minha proposta, assim, é proceder em admitir que, para as IFNI, legitimidade como o direito de regulamentar inclui dois principais elementos: (1) a instituição deve ser eticamente justificada na intenção de governar (deve ter a liberdade-direito ética ou permissão para tentar governar) no sentido de emitir regulamentos (que prescrevam deveres a vários sujeitos) e na intenção de assegurar a complacência com eles com a imposição de sanções para a não-complacência e/ou benefícios para a complacência e (2) aqueles para os quais os regulamentos sejam dirigidos [...] tenham suficientes razões éticas essencialmente autossuficientes para complacência e outros (incluindo cidadãos de Estados) tenham suficientes razões éticas essencialmente autossuficientes para apoiar os esforços da instituição em assegurar a complacência com suas diretrizes ou ao menos tenham suficientes razões éticas essencialmente autossuficientes para não interferir com esses esforços.

[...] Essa formulação tem várias vantagens. [...] a maioria das IFNI, como as instituições internacionais em geral, não empregam coerção de modo a assegurar complacência com suas regras, e não clamam o direito de fazê-lo. Portanto isso evita o erro de simplesmente aplicar às IIFN a rígida concepção de legitimidade que pode ser apropriada para o Estado.

Como o Direito Internacional Público é, ainda, muito rudimentar, se vislumbrado ao lado dos evoluídos sistemas jurídicos domésticos que possuímos atualmente, uma ideia demasiadamente

⁵ *Ibidem*. p. 138/139. (grifo do autor). (tradução nossa).

⁶ *Ibid*. p. 141/142. (grifo do autor). (tradução nossa).

ingênua de legitimidade, que por muito tempo representou um juízo bem determinado dos pensadores do DIP, permanece vívida nas relações jurídicas internacionais.

Essa é a visão do consenso mútuo, bem explicitada por Buchanan:

Partindo do pressuposto de que as instituições são o sujeito primário das avaliações de legitimidade, e de que a legitimidade das normas jurídicas dependem da legitimidade das instituições que as criam, pode ser, inicialmente, tentador dizer que a questão da legitimidade do direito internacional pode ser respondido por uma via extremamente simples: normas são legítimas normas internacionais se, e somente se, elas são produzidas por meio *da instituição de consenso de Estado*, isto é, se elas são criadas em acordo com os procedimentos que os Estados concordaram para que sejam formuladas as normas jurídicas internacionais, **os quais requerem que os Estados devem consentir na criação de leis**. A visão de legitimidade do consenso de Estado tem sido, de longe, a visão dominante entre teóricos de direito internacional.⁷

Em outras palavras, essa teoria diz que, sendo as instituições originadoras das normas jurídicas internacionais legítimas, as normas criadas por essas seriam necessariamente legítimas.

Até esse ponto, não deveria existir vultosas controvérsias. O problema está na destacada condição de consenso entre Estados para a criação de normas jurídicas internacionais, a qual se encontra presente, desde muito tempo, no ordenamento jurídico internacional.

Esse modo de admitir a legitimidade das leis internacionais tem como resultado que a legitimidade de uma norma jurídica tem presença apenas quando há concordância entre líderes pontuais de nações na celebração de um negócio jurídico que dê luz à uma norma jurídica. Ora, se não há consenso, não há lei internacional sobre qualquer matéria, significando que se, hipoteticamente, nenhum Estado entrasse em acordo quanto a qualquer criação de lei internacional, não haveria sequer uma norma jurídica legítima.

⁷ *Ibid.*, p. 152. (grifo nosso). (tradução nossa).