



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo Cerveira Cittadino

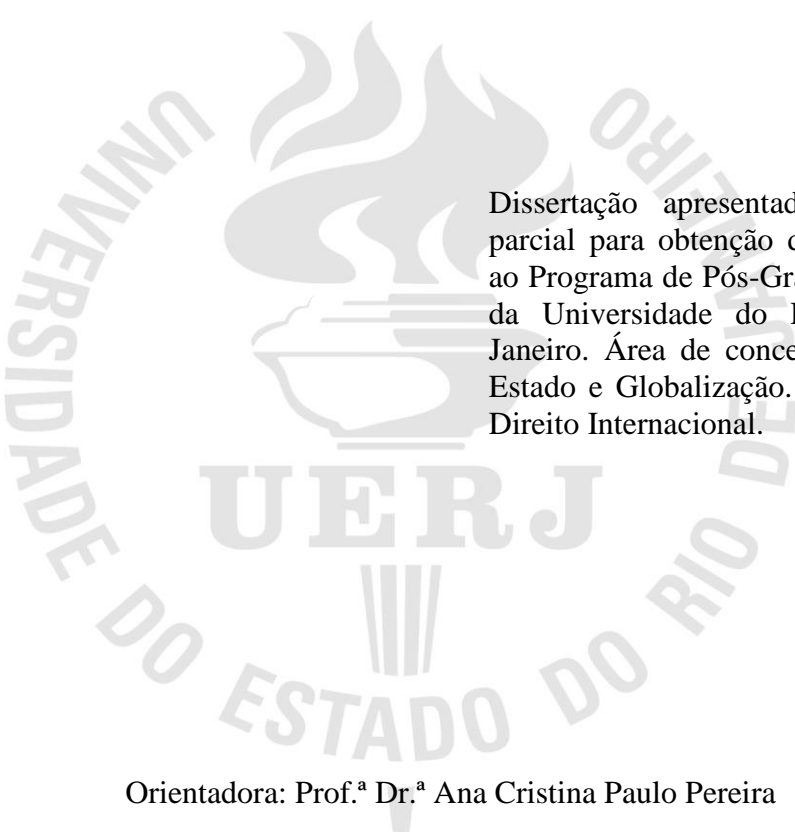
Em defesa de uma teoria discursiva do costume internacional

Rio de Janeiro

2017

Rodrigo Cerveira Cittadino

Em defesa de uma teoria discursiva do costume internacional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Cristina Paulo Pereira

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C581 Cittadino, Rodrigo Cerveira
Em defesa de uma teoria discursiva do costume internacional / Rodrigo
Cerveira Cittadino. - 2017.
189 f.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Ana Cristina Paulo Pereira.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Relações internacionais - Teses. 2. Argumentação jurídica - Teses. 3.
Direito – Teses. I. Pereira, Ana Cristina Paulo. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rodrigo Cerveira Cittadino

Em defesa de uma teoria discursiva do costume internacional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Data de aprovação: 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Ana Cristina Paulo Pereira (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Ana Maria Esteves de Souza
Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC/RJ

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo apoio incondicional e contínuo – porque, em todo grande projeto, é preciso que alguém acredite em você sem hesitar e, especialmente, quando você mesmo hesitar.

À minha orientadora, Prof.^a Ana Cristina Paulo Pereira, pelos apontamentos sempre acurados, pelas recomendações valiosíssimas e pela dedicação impecável. (Também agradeço a meus alunos da época do estágio docente: foi o interesse de vocês que me fez pesquisar mais e mais e, por acidente, encontrar um trabalho acadêmico essencial para esta dissertação.)

A minha irmã Sabrina, pelo incentivo tão constante quanto seu sorriso: obrigado pelos votos de “Courage!”; acho que realmente precisei deles.

À Mariza, pelo entusiasmo contagiante.

À Tati, ao Daniel e ao David, porque adorei a vinda de vocês ao Brasil ano passado – e prometo retribuir este ano.

À Marta, por ter me ouvido e por ter compartilhado comigo reflexões tão necessárias para meu crescimento.

Aos professores Marilda Rosado de Sá Riberio, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Raphael Carvalho de Vasconcelos, pelas aulas sempre estimulantes e pelos debates memoráveis.

Aos amigos dos tempos de colégio e aos demais não tão antigos, particularmente Alvaro Carrier Ruiz, Andréa Pereira, Brenda Maria Araújo, Camilla Inhapim, Cristiano Mendes, Daniel Santhiago, Elga Helena, Eveline Mamede, Leonardo Menoncin, Marcel Fonseca, Paula Olivieri, Pedro de Souza Junqueira, Pedro Farias Oliveira, Rhenan Captivo, Rick Dantas e Thais Paiva: obrigado por estarem comigo nos altos e nos baixos.

Aos amigos do mestrado Carolina Noronha, Eraldo Silva, Elizabeth Goraieb, Fernanda Volpon, Guilherme France, Isabella Benevides, Matheus Farinhas, Pedro Sloboda e Raphael Rocha, todos apaixonados pelo direto internacional, cada um a sua maneira. (Nesse grupo também estão incluídos Brenda Maria Araújo e Pedro Farias Oliveira, que valem ser citados novamente.)

Por fim, já que esta dissertação representa meu amor às palavras, aos amigos escritores Filipe Sena, Rainier Morilla e Wilton Bastos, que, em conversas ou em RPGs online, me acompanharam no último ano e não me permitiram esquecer o quão bom é escrever.

It's the questions we can't answer that teach us the most. They teach us how to think. If you give a man an answer, all he gains is a little fact. But give him a question and he'll look for his own answers... That way, when he finds the answers, they'll be precious to him. The harder the question, the harder we hunt. The harder we hunt, the more we learn.

Patrick Rothfuss

RESUMO

CITTADINO, R. C. *Em defesa de uma teoria discursiva do costume internacional*. 2017. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A dissertação propõe-se a desenvolver uma perspectiva teórica que compreenda o costume internacional como um construto discursivo, buscando inspiração no construtivismo das Relações Internacionais, de um lado, e em reflexões da Linguística, de outro. Tendo em vista as limitações de teorias clássicas e contemporâneas acerca do direito internacional costumeiro, o marco teórico apresentado neste trabalho aspira a solucionar quatro problemas identificados na doutrina ortodoxa sobre o costume internacional: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos constitutivos das normas consuetudinárias; b) o chamado paradoxo temporal, decorrente da visão majoritária de que o requisito psicológico do direito internacional costumeiro consiste na crença de que determinada regularidade de conduta é juridicamente obrigatória; c) a dificuldade de se explicar como nascem novas regras consuetudinárias ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional, contrariamente ao que postula a concepção tradicional, não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris sive necessitatis*. Defende-se, em síntese, que os representantes estatais, por meio de argumentação jurídica, constantemente reinterpretem o sentido e o alcance das normas internacionais, e, se essas interpretações não forem eficazmente contestadas e, ademais, forem replicadas, um novo costume internacional – que, na verdade, já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente – pode vir a consolidar-se.

Palavras-chave: Costume internacional. Teoria do direito internacional. Construtivismo das Relações Internacionais. Teoria da linguagem. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

CITTADINO, R. C. *In defense of a discourse theory of international customary law*. 2017. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The dissertation aims to develop a theoretical perspective that understands customary international law (CIL) as a discourse construct, seeking inspiration in the constructivist theory of International Relations, and also in Linguistics insights. Considering the limits of classical and contemporary theoretical frameworks about customary rules, the theory presented on this work aspires to solve four main problems identified on the orthodox doctrine about CIL: a) the plurality of understandings about the two constitutive elements of custom; b) the so-called chronological paradox, resulted from the majority view according to which the psychological requirement of CIL refers to a belief that a regularity of conduct is legally obligatory; c) the difficulty in explaining how new customary rules emerge or how the old ones change; and d) the fact that, contrary to what the traditional conception asserts, international practice is not an objective aspect, but in reality it is a subjective one, just like *opinio juris sive necessitatis*. In summary, the dissertation argues that through legal reasoning state officers constantly reinterpret the meaning and the extent of customary rules, and if these interpretations are not successfully challenged and, besides, if they are endorsed and replicated by other states, a new custom – which actually would have already been contained in a latent manner in preexisting law – may come into being.

Keywords: Customary international law. International legal theory. Constructivism in international relations. Theory of language. Legal argumentation.

SUMÁRIO

| | | |
|---------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | OS FUNDAMENTOS DO COSTUME INTERNACIONAL | 21 |
| 2.1 | O costume internacional e os fundamentos do direito internacional | 23 |
| 2.1.1 | <u>Teorias dedutivas</u> | 24 |
| 2.1.1.1 | O jusnaturalismo clássico | 24 |
| 2.1.1.2 | O normativismo de Hans Kelsen | 28 |
| 2.1.1.3 | O jusnaturalismo moderno | 30 |
| 2.1.2 | <u>Teorias indutivas</u> | 34 |
| 2.1.2.1 | Positivismo jurídico, teoria da autolimitação estatal e voluntarismo | 35 |
| 2.1.2.2 | Regras secundárias como fatos sociais..... | 46 |
| 2.1.3 | <u>Outras teorias</u> | 49 |
| 2.1.3.1 | A Escola Histórica..... | 49 |
| 2.1.3.2 | O costume como necessidade social seguida de prática constante..... | 51 |
| 2.1.3.3 | O costume internacional como direito espontâneo..... | 52 |
| 2.1.3.4 | O costume internacional à luz de um novo <i>jus gentium</i> | 55 |
| 2.1.4 | <u>Os fundamentos do costume internacional da jurisprudência internacional</u> | 56 |
| 2.2 | Conclusões do Capítulo 2 | 59 |
| 3 | OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO COSTUME INTERNACIONAL | 61 |
| 3.1 | O elemento objetivo: a prática internacional | 61 |
| 3.1.1 | <u>Quais são seus autores?</u> | 61 |
| 3.1.2 | <u>Quais atos contam?</u> | 64 |
| 3.1.3 | <u>Por quanto tempo?</u> | 69 |
| 3.1.4 | <u>O quão uniforme deve ser?</u> | 70 |
| 3.1.5 | <u>Qual é sua extensão?</u> | 73 |
| 3.1.5.1 | Costume particular | 73 |
| 3.1.5.2 | Costume geral..... | 74 |
| 3.1.6 | <u>A prática internacional como construto mental: seletividade e subjetivismo</u> | 77 |
| 3.2 | O elemento subjetivo: a <i>opinio juris</i> | 79 |
| 3.2.1 | <u>A natureza do elemento subjetivo: vontade ou crença?</u> | 79 |
| 3.2.2 | <u>Problemas que a noção de <i>opinio juris</i> suscita</u> | 85 |
| 3.2.2.1 | O paradoxo temporal | 85 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3.2.2.2 | O problema da mudança do costume internacional..... | 87 |
| 3.3 | Monismo e dualismo | 88 |
| 3.4 | Conclusões do Capítulo 3 | 91 |
| 4 | TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO COSTUME INTERNACIONAL ... | 92 |
| 4.1 | Visões contemporâneas sobre o costume internacional | 94 |
| 4.1.1 | <u>Teorias racionalistas sobre o costume internacional</u> | 95 |
| 4.1.2 | <u>Teoria crítica sobre o costume internacional</u> | 115 |
| 4.2 | Conclusões do Capítulo 4 | 125 |
| 5 | UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL | 126 |
| 5.1 | A contribuição da Teoria das Relações Internacionais | 126 |
| 5.1.1 | <u>Relações Internacionais e Direito Internacional</u> | 126 |
| 5.1.2 | <u>O construtivismo das Relações Internacionais</u> | 130 |
| 5.1.3 | <u>A teoria interacional do direito internacional</u> | 133 |
| 5.2 | A contribuição da filosofia da linguagem | 138 |
| 5.2.1 | <u>Direito internacional e argumentação</u> | 138 |
| 5.2.2 | <u>Costume internacional e argumentação</u> | 145 |
| 5.2.3 | <u>Produção e mudança de um costume internacional via argumentação</u> | 149 |
| 5.3 | Aplicabilidade da teoria discursiva do costume internacional | 154 |
| 5.3.1 | <u>O uso da força à luz da teoria discursiva do costume internacional</u> | 156 |
| 5.3.1.1 | Primeiro estudo de caso: a intervenção humanitária da Bélgica no Kosovo..... | 160 |
| 5.3.1.2 | Segundo estudo de caso: o uso da força pelos EUA contra o Estado Islâmico em território sírio..... | 167 |
| 5.4 | A teoria discursiva e a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário | 171 |
| 5.5 | Conclusões do Capítulo 5 | 174 |
| 6 | CONCLUSÃO | 175 |
| | REFERÊNCIAS | 179 |

1 INTRODUÇÃO

Desde cerca de um século, os jusinternacionalistas têm dedicado um esforço considerável a explicar a formação e o funcionamento do direito internacional costumeiro, particularmente a partir da decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), ocasião em que se enunciaram diversos critérios para orientar a investigação quanto à existência de um costume internacional. Não obstante, e embora o direito internacional consuetudinário seja considerado uma fonte formal do Direito Internacional Público (DIP) consoante o art. 38 do Estatuto da CIJ, o dissenso tem sido a regra no que concerne a seus elementos constitutivos, bem como ao significado de cada um deles, a seu conteúdo e, sobretudo, aos métodos aplicáveis a sua apreensão.

Andrew T. Guzman compila algumas das críticas dirigidas ao direito internacional costumeiro, que variam desde as que o qualificam como incoerente até as que o consideram irrelevante ou uma ficção¹. Por sua vez, ao defender que a atualidade contempla um momento de crepúsculo do costume internacional, Patrick Kelly conclui que as normas internacionais costumeiras são desprovidas: de autoridade, porque os meios adotados em sua apuração não são capazes de medir o grau de sua internalização pelos Estados²; de coerência, porque inexitem formas incontroversas para a identificação das regras consuetudinárias³; e de determinação, de modo que, como resultado, o costume internacional é “a useless, incoherent source of law that is of little guidance in determining norms”⁴. Igualmente, denuncia-se a lógica circular que permeia a análise do direito internacional costumeiro e de seu impacto sobre o comportamento dos Estados: “[one] evaluates a state’s action by looking at CIL [customary international law], but one determines CIL by looking at states’ actions”⁵.

Nesse sentido, a dissertação exporá, de início, os debates conceituais que pairam sobre as normas internacionais costumeiras. László Blutman distingue entre os autores monistas – para quem o costume internacional é composto por um só elemento, objetivo ou subjetivo, ainda que essa visão não esteja em consonância com a literalidade do art. 38 do Estatuto da CIJ – e os dualistas – que propugnam uma concepção bipartida, com um elemento subjetivo aduzido a outro objetivo. O grande problema dessa última abordagem reside no delineamento

¹ GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor (Michigan), v. 27, p. 116-117, Fall 2005.

² KELLY, Patrick. The Twilight of Customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville (Virginia), v. 40, n. 2, p. 465, 2000.

³ *Ibid.*, p. 454-455.

⁴ *Ibid.*, p. 500.

⁵ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 63 (2D Series), p. 97, Nov. 1998.

das fronteiras entre ambos os elementos constitutivos do costume internacional; afinal, há juristas que entendem que a prática internacional – que denota a materialidade do direito internacional costumeiro e que, portanto, consigna seu elemento objetivo – pode também servir de evidência do elemento subjetivo – a saber, a *opinio juris*, a crença na obrigatoriedade de uma conduta, ou outro fenômeno psíquico similar.

À parte as querelas envolvendo os conceitos de costume internacional e de seus elementos constitutivos, discernem-se questões ainda mais fundamentais, que se reportam, em última instância, à natureza do direito internacional em geral. Pergunta-se: a criação das normas internacionais costumeiras seria guiada por metanormas, *i.e.*, normas secundárias, hierarquicamente superiores e das quais aquelas primeiras extrairiam sua validade? Ou seria o costume internacional um reflexo do direito natural ou de uma necessidade social? Teorias fundadas em metodologias dedutivas ou indutivas têm-se dedicado a responder a essas indagações. As primeiras contentam-se em tomar como dada a origem de uma ordem jurídica, de sorte que as normas que a compõem seriam deduzidas de regras hipotéticas: no que concerne à ordem internacional, as metarregras orientadoras do processo de formação das normas internacionais costumeiras seriam simples abstrações, e sua existência seria assumida, em vez de passível de comprovação empírica. Já as teorias calcadas na indução também podem apoiar-se na lógica de que a produção de uma norma depende da autorização de outra norma que lhe seja superior, como tende a ser ilustrado pela pirâmide normativa kelseniana; a diferença é que, se para Kelsen as regras originárias – a saber, aquelas do topo da pirâmide – seriam meras hipóteses, para as teses de metodologia indutiva essas metanormas derivariam, por seu turno, de fatos e não de regras hipotéticas. Os méritos e os deméritos dessas óticas serão esmiuçados ao longo da dissertação.

Paralelamente, verificam-se incontáveis dissensos doutrinários de natureza mais concreta. Por exemplo, há quem critique como artificial e arbitrária a divisão entre atos físicos e atos verbais, sendo que esses últimos, para alguns autores, não contribuiriam para constituir o costume internacional. Em contrapartida, juristas como Jörg Kammerhofer sustentam que toda regularidade de conduta é, em si mesma, neutra: nenhuma delas indica necessariamente um comando que os Estados esperam que seja obedecido; esses padrões de comportamento só se tornam normas internacionais costumeiras com a adição da *opinio juris*; por conseguinte, enquanto essa última é a condição para que uma regularidade obtenha juridicidade, é justamente o padrão comportamental que sugere o conteúdo da conduta a ser exigida,

permitida ou proibida⁶. Nesse ponto, o debate muda seu foco para a questão da generalidade, da duração e da consistência da prática – vale dizer, para que se fale numa regularidade, quantos Estados devem observá-la, por quanto tempo e com que nível de uniformidade? Embora a CIJ, no caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), tenha estabelecido critérios acerca desses tópicos que agradaram a boa parte da doutrina, obviamente inexistiu unanimidade, como se depreende da tese de Bin Cheng a respeito do costume instantâneo no direito espacial⁷. O valor das omissões no âmbito da prática internacional também é assunto a ser explorado, bem como o tema da mudança do costume internacional ao longo do tempo.

O elemento subjetivo tampouco está isento de imbróglio. De um lado, há aqueles que o interpretam à luz de teorias voluntaristas do direito internacional, que vinculam a validade das normas internacionais ao consentimento, mesmo que implícito, dos Estados. No que tange ao direito internacional consuetudinário, essa ótica é problemática não só porque dificilmente oferece uma explicação razoável para a obrigatoriedade do costume internacional com relação a países recém-surgidos – afinal, apenas com base numa ficção muito grotesca poder-se-ia dizer que eles consentiram na incidência dessas regras –, mas também porque, durante a formação de uma norma internacional costumeira, é raro que uma maioria de Estados se manifeste *explicitamente* a respeito; o mais comum é que um número significativo deles nem consinta, nem imponha objeções. “[How] to connect this ‘inert mass’ of non-participating states to the creation of customary law?”⁸ Ora, uma solução justa é compreender que o consentimento deve ser inferido tão somente daqueles Estados cujos interesses serão afetados pelo novo costume internacional – e que, portanto, estão cientes de sua consolidação, ou que deveriam estar cientes.

Sem embargo dessa posição, a perspectiva mais conhecida é a que define o elemento subjetivo do direito internacional consuetudinário como sendo a *opinio juris sive necessitatis*, noção pormenorizada pela CIJ novamente no caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969) e cunhada por François Gény em sua obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899). Essa concepção engendra, no entanto, famigerados paradoxos. Ora, se a *opinio juris* corresponde à crença na exigibilidade de uma conduta, ela não pode estar presente num costume internacional ainda em gestação, sob pena de confundir-se o que *já é*

⁶ KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 3, p. 528, 2004.

⁷ CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? **The Indian Journal of International Law**, New Delhi, v. 5, p. 45, 1965.

⁸ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 533.

norma com o que *virá a ser* norma. Mais grave é a situação daqueles primeiros Estados cuja prática propiciou o nascimento de uma nova regra internacional costumeira: tecnicamente, a obrigação ainda não existe para eles, não é real e sim putativa – ou seja, eles não seguem determinada conduta porque ela é efetivamente obrigatória, mas sim porque acreditam erroneamente que ela é obrigatória. Em síntese, para a doutrina clássica, o mais correto é afirmar que a *opinio juris* é atributo de um costume internacional (e, na verdade, de toda e qualquer norma) já existente e não um elemento do direito internacional consuetudinário em formação.

Diversos juristas buscaram contornar esses problemas, Hans Kelsen entre eles. O estudo levado a cabo por László Blutzman é pertinente para que se desenhem os exatos contornos do conceito de *opinio juris*. O jusinternacionalista faz um levantamento das variadas acepções atribuídas ao termo e pugna que ele não deve ser compreendido como sinônimo de consentimento ou de aceitação quanto a uma norma e sim, na linha do *decisum* da CIJ no caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), como significando crença. Na sequência, o autor diferencia a atitude cognitiva contida no verbo “crer” daquela presente em outras expressões que também designam estados mentais, como “assumir”, “esperar”, “imaginar” e “estar convicto”. Uma crença não exprime um ato de vontade e sim certo grau de confiança quanto à veracidade de determinada proposição – como, por exemplo, a ideia de que, devido à existência de um costume internacional nesse sentido, a norma X exige que os Estados adotem o comportamento Y. “Crer em algo” tampouco equivale a “estar certo de algo”⁹. “Belief and *opinio juris* have an air of epistemological uncertainty and come in degrees.”¹⁰ Por fim, a noção de crença não tem o mesmo valor semântico que a de desejo¹¹ ou que a de senso (de obrigatoriedade jurídica, *in casu*)¹².

László Blutzman aprofunda sua análise e observa que nem mesmo o elemento da prática internacional – usualmente tido como um reflexo da materialidade do direito internacional consuetudinário – é tão objetivo quanto soem apontar.

The common view might consider it material or objective because it treats general practice as simply that which refers to a more or less definite set of state actions as objective facts or events. However, this approach is too simplistic. No general practice as such exists in the objective world, and it is not equal to a set of state

⁹ BLUTZMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. *The European Journal of International Law*, Florence, v. 25, n. 2, p. 538-543, 2014.

¹⁰ *Ibid.*, p. 540.

¹¹ *Ibid.*, p. 542.

¹² *Loc. cit.*

actions. However, being the result of a complex mental process that includes abstraction, comparison, interpretation, selection, evaluation, weighing and generalization, general practice is a mental construct that refers to a relation and is basically characterized by the regularity or rule around which it is conceptually organized in specific cases.¹³

Com efeito, ao fim e ao cabo, a prática internacional é nada mais do que um construto mental. Para que venha a lume – e para que seja dotada dos atributos de generalidade, de durabilidade e de consistência –, cabe ao observador: 1) estabelecer uma regularidade (*i.e.*, um padrão de conduta) que sirva como ponto de partida; 2) selecionar, em meio às condutas e às declarações estatais, aqueles aspectos que serão relevantes para a investigação e descrevê-los em termos gerais; 3) após esse exercício de abstração, comparar os aspectos identificados no passo anterior com os aspectos da regularidade divisada no primeiro passo; e 4) sopesar os atos ou os pronunciamentos estatais que se adequaram à regularidade com aqueles que não se adequaram, para constatar quão difundida é a prática sob exame¹⁴. A conclusão de Blutman não deve causar espanto, pois o que o jurista está dizendo é que, basicamente, toda observação da realidade (*in casu*, uma observação do plano internacional visando a detectar padrões de conduta entre os Estados) é, na verdade, uma *interpretação* da realidade e, portanto, é parcialmente subjetiva. Como resultado, a prática internacional, se antes era encarada como um elemento indiscutivelmente objetivo do costume internacional, acaba ganhando um verniz subjetivo: ela é um construto mental tanto para um Estado que deseja verificar se existe alguma norma internacional costumeira a ser seguida quanto para um observador externo (*e.g.*, um juiz de uma corte internacional) que precisa determinar a existência da referida norma.

General practice conceived as mental construct may shed a different light on its relationship to acceptance or *opinio juris* as mental act and mental state. What is clear is that, since general practice is not a given state of affairs, it is the agent of acceptance (for example, the actor state) that will work up the object (propositional content) of acceptance. Furthermore, if an observer (international court) refers to general practice, it will be the observer itself who, *ex post facto*, retrospectively constructs this general practice as part of a justificatory process related to the existence of a customary norm.¹⁵

Ora, uma vez que não só a *opinio juris*, mas também a prática internacional encerram elementos subjetivos, é possível defender que o direito internacional consuetudinário é um fenômeno intersubjetivo. Isso não implica propor que ele não faz parte do mundo material ou

¹³ Ibid., p. 543.

¹⁴ Ibid., p. 544.

¹⁵ Ibid., p. 545.

que não gera impactos concretos sobre as relações internacionais. Significa, isto sim, que, para surgir como um conjunto de normas sociais, o costume internacional depende de um esforço mental coletivo, ou seja, depende de entendimentos compartilhados (tanto pelos sujeitos de direito internacional quanto pelos estudiosos e pelos operadores desse ramo jurídico) acerca de seu conteúdo e dos critérios e dos raciocínios adotados em sua gênese¹⁶.

É justamente a tese do direito internacional costumeiro como fenômeno intersubjetivo que animará a dissertação a ser desenvolvida. Para tanto, compreende-se válido empregar, como marco teórico, uma abordagem construtivista típica da disciplina das Relações Internacionais. O construtivismo é uma das teorias das Relações Internacionais que se dedica ao estudo de normas, de regras e de instituições. Surgiu depois do fim da Guerra Fria como uma reação às óticas denominadas racionalistas, como o neorealismo e o neoliberalismo, para as quais o direito é uma variável instrumental, que é manipulada pelos atores à medida que perseguem seus interesses, ou que reduz os custos de transação entre eles. O construtivismo, por seu turno, encara o fenômeno jurídico como um rol de *standards* de conduta criados por expectativas mútuas entre os agentes sociais. Por esse raciocínio, as normas não consistem em simples elementos que modificam cálculos de custo-benefício de atores racionais e sim têm impactos constitutivos: elas influenciam as percepções que os agentes sociais formulam acerca de si mesmos e da própria realidade. Trata-se aqui de normas *sociais*, não necessariamente jurídicas. É importante esclarecer que nem todos os construtivistas preocuparam-se em desenvolver critérios que indiquem quando uma norma passa a revestir-se de juridicidade, e entre os que o fizeram não há consenso quanto à conceituação de direito.

O termo construtivismo foi cunhado pelo internacionalista Nicholas Greenwood Onuf na obra *World of Our Making* (1989), todavia as origens das premissas dessa teoria jazem em trabalhos mais antigos, dos campos da Sociologia, da Filosofia e da Linguística. De Max Weber, por exemplo, os construtivistas tomaram emprestada a ideia de que o mundo social é produzido por entendimentos intersubjetivos, *i.e.*, gestados e compartilhados pelos agentes sociais em suas interações. De outra parte, o estruturacionismo de Anthony Giddens inspirou a assunção construtivista de que nem os agentes, nem as instituições sociais (como o direito) têm precedência: ambos constroem-se recíproca e simultaneamente, num processo chamado de coconstituição; afinal, as estruturas sociais “are inseparable from the reasons and self-

¹⁶ Ibid., p. 551.

understandings that agents bring to their actions”¹⁷. Desse modo, o construtivismo contribui para a compreensão da centralidade da interação social e das práticas jurídicas internacionais na formação e no funcionamento do direito internacional.

Dentre as diversas perspectivas construtivistas existentes, adotar-se-á como marco teórico a teoria interacional do direito internacional desenvolvida por Jutta Brunnée e por Stephen J. Toope, porque ela explicitamente busca analisar as relações entre normas jurídicas e agentes sociais¹⁸. Ademais, sua interdisciplinaridade, ao extrair *insights* tanto do construtivismo das Relações Internacionais quanto das reflexões do jurista Lon Fuller acerca do direito doméstico, possibilita a formulação de uma teoria sobre a obrigação jurídica internacional. *Grosso modo*, em primeiro lugar, Brunnée e Toope assumem que normas jurídicas só podem emergir de normas sociais baseadas em entendimentos compartilhados. Em segundo lugar, distinguem o direito de outros tipos de ordenação social, não por sua forma e sim por sua aderência a critérios específicos de juridicidade segundo a proposta de Fuller; são eles: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, não exigir o impossível, constância e congruência entre essas regras e a conduta oficial. Quando a nomogênese observa esses critérios, e quando está presente o que Brunnée e Toope definem como “prática de legalidade” (*i.e.*, uma situação em que a aplicação normativa também satisfaz aos requisitos de juridicidade de Fuller), os agentes sociais veem-se capazes de orientar-se conforme o direito. Essa prática de legalidade é essencial para que as normas jurídicas emanem um grau distintivo de legitimidade e instilem nos agentes sociais um senso de comprometimento (chamado de fidelidade por Fuller), e disso resulta a obrigação jurídica¹⁹.

Os trabalhos de Fuller e de Brunnée e de Toope mostram que o direito prescinde de uma hierarquia entre os produtores das normas e seus destinatários; o que é necessário é, isto sim, haver reciprocidade entre os participantes do sistema jurídico, visto que o fundamento do fenômeno jurídico é, em última análise, a interação social e a observância de uma prática de legalidade. O direito não se singulariza devido a aspectos formais ou à possibilidade de ser efetivado (por exemplo, em razão da ameaça de sanção) e sim devido ao processo de criação da obrigação jurídica e aos efeitos dessa última.

¹⁷ WENDT, Alexander. The Agent-Structure Problem in International Relations Theory. **International Organization**, Cambridge, v. 41, n. 3, p. 359, 1987.

¹⁸ Id. **Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account**. New York: Cambridge University Press, 2010.

¹⁹ *Ibid.*, p. 20-33 e 46-90.

Nota-se que as premissas da teoria interacional do direito internacional de Brunnée e de Toope ressoam perfeitamente com a interpretação do costume internacional como um construto mental intersubjetivo, consoante foi exposto acima. Em vez de decorrer *diretamente* da prática internacional, o direito internacional consuetudinário deriva das percepções que determinado observador (seja ele um Estado ou, *e.g.*, uma corte internacional) formula acerca da prática internacional; destarte, as normas internacionais costumeiras são fruto de entendimentos compartilhados. Mas não é só. Defende-se que, mais do que um construto mental, o costume internacional é um construto discursivo, porque, para vir a lume, os agentes interessados em propugnar sua existência devem traduzir suas percepções acerca da prática internacional e da *opinio juris* em argumentos jurídicos, no intuito de convencer uns aos outros (ou então, por exemplo, um juiz de um tribunal internacional) de sua posição. Um dos pressupostos dessa tese é que o momento decisivo para a consolidação de um costume internacional não é a data de seu nascimento – ou porque ela pode ser desconhecida, perdida que está entre as brumas de um passado remoto, ou porque, muito provavelmente, ela não é pacífica e sim controvertida, alvo que é de interpretações divergentes. O momento decisivo para a consolidação de um costume internacional é, na verdade, a oportunidade em que sua existência é reconhecida no âmbito de um procedimento de solução de controvérsias. Afinal, a discussão sobre se uma norma internacional costumeira existe ou não só se torna relevante quando, *e.g.*, um Estado acusa outro de violá-la, e a questão é, em seguida, equacionada por algum mecanismo de solução de controvérsias; nessa ocasião, as partes interessadas se valerão da argumentação jurídica para fazer o referido costume internacional ser reconhecido ou não. Ao contrário, quando nenhuma violação do direito internacional consuetudinário é alegada, a indagação acerca de sua existência fica em estado de latência, e os sujeitos de direito internacional, com base em seus entendimentos compartilhados, podem tão somente presumir – *i.e.*, crer (mas nunca ter certeza de) – que uma norma internacional costumeira existe.

Esse raciocínio encontra supedâneo nas palavras do jusfilósofo Gerald J. Postema:

Legally relevant customs are forms of reciprocally oriented conduct that takes its meaning from a practice of offering claims and counterclaims, challenges and responses. The hallmark of such customs is not the addition of belief (*opinio juris*) to behavior (*usus*), but rather the integration of meaningful conduct into a web of reasons and arguments. A norm rooted in conduct is a norm of customary international law in virtue of its integration into the system of norms (the *corpus juris*) of international law, not in virtue of beliefs of actors or judges about the legal *status* or bindingness of the norm. The place that a norm holds in the system is established by normative argument, tracing its internal connections to other

norms of the system and to conduct that complies with them. Argument, not attitude, determines legal *status* of a customary norm.²⁰

Nesse sentido, também serão úteis as reflexões de autores que estudam a invocação de argumentos jurídicos no plano internacional, como Ian Hurd e Daniel Harold Levine. A expectativa é que a teoria discursiva do costume internacional proposta nesta dissertação seja capaz de solucionar alguns dos problemas entrevistados na doutrina clássica sobre o assunto.

Postula-se que o entendimento do direito internacional costumeiro como um construto discursivo possibilitará a superação de certos desafios identificados na literatura tradicional a respeito do costume internacional. Trata-se das seguintes celeumas: a) a multiplicidade de entendimentos doutrinário-jurisprudenciais acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário; b) o paradoxo temporal que acomete a formação das normas costumeiras; c) a incapacidade da doutrina clássica de explicar satisfatoriamente como nascem novas regras consuetudinárias ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do costume internacional – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*.

O objetivo geral da dissertação é desenvolver uma teoria que compreenda o direito internacional consuetudinário como um construto discursivo, com base: na ótica interacional do direito internacional de Jutta Brunnée e de Stephen J. Toope; e nos apontamentos de acadêmicos que investigam como a argumentação jurídica opera no âmbito do direito internacional.

Como objetivos específicos, busca-se: a) revisar a literatura acerca do costume internacional e apresentar os debates na área, tanto os mais abstratos, referentes aos fundamentos das normas costumeiras, quanto os mais concretos, concernentes aos elementos da prática internacional e da *opinio juris*; b) expor algumas das teorias mais recentes sobre o direito internacional consuetudinário, enunciando seus méritos e seus deméritos; c) tecer um breve histórico a respeito da interação entre as disciplinas do Direito Internacional e das Relações Internacionais, apontando-se as premissas do construtivismo internacionalista, com enfoque na abordagem interacional do direito internacional concebida por Jutta Brunnée e por Stephen J. Toope; d) esclarecer como *insights* de filósofos da linguagem e de estudiosos da argumentação jurídica podem ser úteis à construção de uma teoria discursiva do costume internacional; e) aplicar o marco teórico objeto desta dissertação a dois casos concretos

²⁰ POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. **Duke Law Journal**, Durham (North Carolina), v. 62, p. 738, 2012.

relativos ao uso da força no plano internacional: a intervenção humanitária da Bélgica no Kosovo em 1999; e a operação militar dos Estados Unidos da América (EUA) contra o Estado Islâmico na Síria.

A dissertação fundamentar-se-á na pesquisa bibliográfica. Como fontes primárias, usar-se-ão, entre outras convenções internacionais, o Estatuto da CIJ (1945), bem como a jurisprudência dessa mesma corte e, ocasionalmente, de outros tribunais internacionais. Aduza-se, ainda, a doutrina de jusinternacionalistas nacionais e estrangeiros sobre o costume internacional, bem como obras pertinentes de autores das Relações Internacionais, da Filosofia e da Linguística.

O objeto de pesquisa ora proposto é relevante, em primeiro lugar, devido ao fato de que, no Brasil, o debate acadêmico acerca do direito internacional costumeiro não tem acompanhado os avanços constatados no exterior. Um dos propósitos da dissertação é justamente chamar a atenção da comunidade jusinternacionalista brasileira para as novas teorias sobre o costume internacional que têm sido desenvolvidas por autores estrangeiros.

Em segundo lugar, a relevância do estudo que se pretende avançar é sustentada pela relevância das próprias normas consuetudinárias para o direito internacional e para as relações internacionais. Embora haja quem ressalte que o costume internacional não é capaz de influenciar a conduta dos Estados, inclusive elencando casos que comprovariam essa assunção, existe posição em sentido contrário. Andrew. T. Guzman lembra que áreas importantes do direito internacional ainda permanecem reguladas, sobretudo, por normas internacionais costumeiras²¹, a exemplo dos regimes de responsabilidade internacional²², de imunidade de jurisdição²³ e de sucessão de Estados – nesse terceiro caso, ao menos no que

²¹ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 119.

²² Em 2001, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDINU) adotou versão definitiva de um Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados e submeteu-o à Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), que dele tomou nota na Resolução 56/83, do mesmo ano. Na Resolução 62/61, de 2007, a AGNU deliberou que continuaria a ponderar a conveniência de uma eventual convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados. Essa posição foi reiterada na Resolução 65/10, de 2010, na medida em que persistiam divergências quanto à necessidade de positivar-se o Projeto num tratado. Sem embargo de não ter sido vertido para uma convenção, é sabido que o texto do documento reflete o costume internacional no campo da responsabilidade internacional dos Estados, imbuindo-se, portanto, de juridicidade (CRAWFORD, James. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. 2012, p. 2. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016).

²³ No plano europeu, vigora a Convenção Europeia sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados (Convenção da Basileia, de 1972). Em contrapartida, nessa matéria, inexitem normas convencionais de alcance mais geral, não limitadas ao continente europeu, uma vez que a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados e de suas Propriedades ainda não se encontra em vigência, por exigir um total de 30 ratificações e por contar, atualmente, com 21 (UN. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em:

concerne a bens, a arquivos e a débitos públicos²⁴. Mesmo naquelas searas em que se verifica um nível substantivo de codificação – como no regime de direitos humanos –, questiona-se se algumas dessas normas detêm caráter costumeiro, pelo que incidiriam até sobre os Estados não signatários dos tratados pertinentes. Ainda, o direito internacional costumeiro pode ser relevante para a interpretação de convenções que expressamente se reportam ao costume internacional na matéria e, também, para determinados sistemas jurídicos domésticos, como o dos EUA, em que o *Alien Tort Statute* autoriza o Judiciário federal a apreciar ações de responsabilidade civil ajuizadas por estrangeiros, motivadas por uma violação do direito internacional, no que se incluem as normas internacionais costumeiras. Outrossim, o costume internacional frequenta rotineiramente a retórica diplomática. Por fim, mas não menos importante, o direito internacional consuetudinário é uma das fontes formais do direito internacional, conforme o art. 38 do Estatuto da CIJ, e, para alguns autores, é nele que jaz a *pacta sunt servanda*, fundamento de validade dos tratados internacionais; logo, uma melhor compreensão do costume internacional propicia, por extensão, uma melhor compreensão do direito internacional convencional.

Em terceiro lugar, a proposta ora avançada, de construção de uma teoria unificada sobre o costume internacional, é relevante para conferir coerência à miríade de conceitos, de elementos, de critérios e de institutos que a doutrina e a jurisprudência jusinternacionalistas formularam para o direito internacional consuetudinário. Ademais, como aponta Andrew T. Guzman:

[Customary International Law (CIL)] is singularly ill-equipped to defend itself. CIL has no coherent or agreed upon theory to justify its role or explain its doctrine. The old notions of natural law and consent are either no longer accepted or under-theorized and nothing has arisen to take their place. As a result, CIL stands virtually defenseless and unable to counter critiques with much more than unsupported claims about its importance. Until a foundational theory of CIL is developed, a coherent response to critics will remain out of reach and existing defenses will be unpersuasive²⁵.

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016).

²⁴ A sucessão de Estados foi objeto de dois tratados celebrados sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU): o primeiro, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (1978), está em vigor desde 1996, mas o segundo, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívida Pública (1983), ainda não começou a vigor (UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016. UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016).

²⁵ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 117.

Para finalizar, remarque-se que a relevância do presente tema é atestada por sua atualidade, na medida em que a CDINU, a requerimento da AGNU, tem-se engajado em elaborar relatórios sobre o assunto, sendo o último de 2016.

A dissertação será composta por seis capítulos, sendo o primeiro esta introdução. O segundo capítulo destinar-se-á aos fundamentos do costume internacional. No terceiro, serão apresentados os debates da literatura jusinternacionalista acerca dos elementos constitutivos do direito internacional costumeiro. O quarto capítulo exporá algumas das teorias mais recentes sobre o costume internacional. O quinto dedicar-se-á ao marco teórico objeto deste trabalho, apresentando as perspectivas das Relações Internacionais e as reflexões de autores dos campos da Filosofia e da Linguística que servirão de base para o referido exercício de construção teórica, bem como aplicando a teoria discursiva do costume internacional a dois casos concretos. O último capítulo será a conclusão.

2 OS FUNDAMENTOS DO COSTUME INTERNACIONAL

O costume internacional permanece envolto em mistério – e mesmo essa simples afirmação parece conter uma dose própria de enigmas. Afinal, é de se pensar que algumas normas costumeiras apresentam a maior longevidade dentre as regras que formam o direito internacional, já que existentes desde tempos imemoriais, de maneira que causa espanto que, apesar desse histórico (às vezes) longuíssimo, provavelmente nenhum dos debates que permeiam o direito internacional consuetudinário tenha chegado a uma conclusão definitiva. A bem da verdade, à primeira vista, a ideia de costume internacional não revela grandes dificuldades; qualquer jusinternacionalista é capaz de formular uma definição satisfatória para o conceito, valendo-se dos elementos comumente evocados pela doutrina e pela jurisprudência: o direito internacional costumeiro equivale a uma prática reiterada, conjugada com a crença na obrigatoriedade da conduta, ou *opinio juris sive necessitatis*.

O problema é que essa conceituação não é o bastante. Em primeiro lugar, porque ela suscita vários outros questionamentos. Como se prova a mencionada prática reiterada? Quão generalizada ela deve ser? Por quanto tempo deve durar, para ser considerada reiterada? Nessa avaliação, devem ser levados em conta apenas atos estatais? Paralelamente, como se apura a referida crença na obrigatoriedade da conduta? O segundo motivo a sugerir que a definição de costume internacional acima exposta não é suficiente é que, no fundo, ela não explica nada. Com efeito, todas as questões levantadas neste parágrafo indicam o seguinte: o que se está querendo saber é em que consiste uma “prática reiterada” e o que significa exatamente “crença na obrigatoriedade da conduta”. Ao fim e ao cabo, o que essas e outras dúvidas deixam subentendido é uma repetição da pergunta inicial: afinal, o que é o direito internacional costumeiro? Como identificá-lo? Quais são seus fundamentos? Como ele surge? Como ele muda? A partir de quando (e mediante quais mecanismos) uma mera regularidade de comportamento se transforma numa norma jurídica?

Jörg Kammerhofer atenta para três níveis de questões: no primeiro deles, cabe investigar quais são as normas substantivas que compõem o direito internacional consuetudinário (por exemplo, quando se pergunta se o direito de passagem inocente pelo mar territorial de um Estado ostenta caráter costumeiro); no segundo nível, o objetivo é discernir as metanormas que regulam a produção do costume internacional (como, *e.g.*, as noções de “prática reiterada” e de “crença na obrigatoriedade da conduta”); por fim, no terceiro nível, o exame aprofunda-se: passa-se a problematizar o costume internacional como uma categoria

normativa ou epistêmica, analisando se ela se ajusta de forma coerente dentro das variadas teorias sobre os fundamentos do direito internacional²⁶.

Cada uma dessas indagações comporta múltiplas respostas – e por isso é natural que as discussões a respeito do costume internacional persistam, por mais inquietante (e assustador, até) que isso possa ser. De um lado, antigos dilemas conceituais perseveram, e talvez não seja possível solucioná-los; de outro, novas propostas explicativas são cunhadas, o que só faz engrossar as controvérsias. Como se verifica em todos os temas do direito internacional, inexitem, na doutrina, interpretações que sejam mais autorizadas do que outras, e essa falta de hierarquia – que compreende tanto juristas quanto instituições, como a CDINU – complica ainda mais o panorama. Paralelamente, é admissível argumentar que a CIJ, devido a seu prestígio ou à notabilidade de seus juízes, dispõe de uma autoridade singular ao pronunciar-se acerca do costume internacional, mas talvez essa afirmação só seja efetivamente verdadeira para aqueles Estados que reconhecem sua jurisdição. Em contrapartida, sublinhe-se que o artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia, ao definir o costume internacional em sua alínea *b*²⁷, não consegue trazer um pouco de paz ao caos reinante, visto que sua capacidade explicativa é limitada, sem falar que é questionável atribuir-lhe um *status* privilegiado unicamente porque ele enumera as fontes do direito internacional²⁸. Por essas razões, László Blutman remarca que a polêmica em torno do direito internacional consuetudinário se encontra paralisada por problemas conceituais, ontológicos e epistemológicos²⁹.

Em consequência, parece que, quando se propõe a estudar o costume internacional, tudo o que um jusinternacionalista pode fazer é revisar a literatura, isto é, coletar os diferentes posicionamentos a respeito e, ocasionalmente, dirigir-lhes críticas pontuais – mas sem pretensão de esgotar o assunto ou (mais idealistamente) de contribuir com observações tão inovadoras que expurgariam a maioria das dúvidas que assolam a temática. Inobstante esses apontamentos aparentemente pessimistas, é impossível esquivar-se, neste e em qualquer trabalho, de uma exposição do que outros autores disseram acerca do respectivo objeto de estudo. Por isso, nas linhas abaixo, apresentam-se os principais debates referentes ao costume

²⁶ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 524.

²⁷ “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

“[...] b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito...” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional, Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

²⁸ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 541.

²⁹ BLUTMAN, László. Op. cit. p. 530.

internacional, especificamente, neste capítulo, quanto a seus fundamentos teóricos e, no capítulo seguinte, quanto a seus contornos e a seus elementos constitutivos.

2.1 O costume internacional e os fundamentos do direito internacional

Em parte devido ao misticismo que se atribui ao direito internacional costumeiro, e em parte devido ao fato de que esse conjunto de normas, de maneira mais evidente do que outras que integram o direito internacional, emana diretamente das interações e das práticas que ocorrem na sociedade internacional, não é raro que as questões mais fundamentais acerca do costume internacional se confundam com as referentes ao direito internacional como um todo³⁰. O problema que ora se desvela diz respeito às origens da juridicidade das normas consuetudinárias. São elas obrigatórias porque dimanam da vontade dos Estados? Ou é porque refletem o direito natural? Ou, ainda, é porque sua obrigatoriedade está prevista numa regra primordial hipotética? Nessas investigações, o que também se perquire é, de certo modo, a natureza das chamadas metanormas que regulam a produção do direito internacional costumeiro, vale dizer, aquelas normas que estabelecem os requisitos para o surgimento de um costume, como a “prática reiterada” e a “crença na obrigatoriedade da conduta”: teriam elas caráter efetivamente normativo, como na proposta de Hans Kelsen, em que uma norma jurídica sempre extrai sua validade de outra que lhe seja hierarquicamente superior; ou seriam elas meros fatos sociais? Cuida-se aqui do debate entre teorias dedutivas e indutivas acerca do costume internacional – e ressalte-se que essas duas visões sobre o direito internacional consuetudinário remetem, por seu turno, a diferentes perspectivas a respeito dos fundamentos do direito internacional.

O rol de autores abordado abaixo não se pretende exaustivo, não só devido à completa inviabilidade dessa pretensão, mas também em razão de sua inutilidade. Afinal, não são todas as teorias sobre os fundamentos do direito internacional que fazem referência ao costume especificamente, ou então que servem para discernir as origens das normas costumeiras. Não obstante, o critério de seleção das perspectivas teóricas estudadas não foi arbitrário: a pertinência com a investigação do direito internacional consuetudinário foi levada em consideração, bem como se tentou coletar um grupo de doutrinas representativo da variedade de pensamento existente, com vistas a retratar debates antigos e contemporâneos.

Cabe destacar uma segunda nota de cautela: o eixo “método dedutivo vs. método indutivo” foi escolhido para guiar a presente exposição em virtude de sua simplicidade e,

³⁰ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 536.

sobretudo, de ele permitir que sejam identificadas oposições-chaves entre as diversas óticas enunciadas. O problema desse sistema classificatório é que – como todo e qualquer sistema classificatório – ele não dá conta das sutilezas que podem verificar-se em determinadas teorias. Consequentemente, não é impossível que – no afã de, para fins didáticos, tentar-se encaixar uma ou outra perspectiva teórica na categoria dedutiva ou na indutiva – sejam cometidas imprecisões. Outrossim, como há aquelas doutrinas que inevitavelmente figuram numa zona cinzenta entre os extremos da dedução e da indução – e que, logo, são impassíveis de classificação –, é-lhes dedicada uma seção à parte (2.1.3), denominada *Outras teorias*. Por fim, na seção 2.1.4, sintetiza-se a discussão acerca dos fundamentos do costume internacional na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) e de sua sucessora, a CIJ.

2.1.1 Teorias dedutivas

As abordagens baseadas no método dedutivo variam em suas premissas centrais, mas coincidem no tipo de análise empreendido: o ponto de partida é sempre uma proposição geral e abstrata – *e.g.*, a moral, o direito natural ou uma norma hipotética –, deduzindo-se daí a origem lógica ou axiológica ou, ainda, a fonte de legitimidade de todo o direito internacional. Para as teorias dedutivas, o fundamento último das normas jurídicas prescinde de prova empírica, porque é assumido, pressuposto, tal como um axioma, e é dele que provêm a consistência e a coerência do sistema normativo³¹.

A vantagem desse corpo teórico é que ele não confunde o plano real do ser com o ideal do dever-ser, visto que tanto o direito quanto a premissa que o fundamenta – repita-se: a moral, o direito natural ou uma norma hipotética – têm caráter normativo, pelo que não se situam no mundo dos fatos sociais. Em contrapartida, as perspectivas dedutivas acabam incorrendo em abstração excessiva, na medida em que entreveem as normas jurídicas como produto de mera operação mental – a dedução – e não da vontade humana e, por conseguinte, carecem de explicações mais refinadas para o processo de formação do direito³².

Como abordagens dedutivas, destacam-se: o jusnaturalismo clássico, o normativismo de Hans Kelsen e o jusnaturalismo moderno.

2.1.1.1 O jusnaturalismo clássico

³¹ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 537 e 542.

³² KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 542.

Na doutrina jusinternacionalista dos séculos XVI e XVII³³, predomina uma ótica decorrente do pensamento de Aristóteles e de São Tomás de Aquino acerca da natural sociabilidade do homem. Disso advém, com frequência, a ideia de que toda comunidade política necessita de um sistema jurídico completo, com duas partes: um direito natural universal, que é consequência necessária da razão e da predisposição social inscrita na natureza humana; e um direito criado e, portanto, positivo, instituído não por uma necessidade inarredável e sim voluntariamente, para a utilidade social, encontrando seu fundamento naquele primeiro. A essa corrente pertencem não somente autores da escola ibérica, com destaque para o jesuíta granadino Francisco Suárez (1548-1617), mas também protestantes, como o jurista holandês Hugo Grotius (1583-1645)³⁴.

Para Suárez, uma vez que os Estados são tidos como comunidades perfeitas, é um resultado natural que formem entre si, inevitavelmente, uma *magna universitas*, consoante expressão de Grotius. Em semelhante sociedade, como em todo agrupamento humano, há direito, que é em parte natural e em parte positivo – esse último também denominado *voluntarium* ou *arbitrarium*, concebido pela vontade das nações, porém extraindo seu fundamento de validade de uma norma inserida naquela outra parte, a natural. Por seu turno, Grotius encara o *jus civile*, o direito positivo interno, como dotado da mesma base consensual que o *jus gentium*, o direito positivo internacional. Um pacto tácito ou expresso é o que defere legitimidade a maiorias ou aos indivíduos para formular normas jurídicas em determinada comunidade. Ambos os direitos derivam, portanto, do princípio da fidelidade aos acordos, da *pacta sunt servanda*, norma de direito natural³⁵. À luz dessa síntese – que, sublinhe-se,

³³ Reconhece-se que, na época supramencionada, não se pode falar numa doutrina jusinternacionalista, ao menos não no sentido que essa expressão evoca hodiernamente. Com essa terminologia, têm-se em vista, mais precisamente, aqueles estudiosos – sobretudo teólogos e juristas – que investigavam os fundamentos, a definição e a delimitação do conteúdo do *jus gentium* vigente nos séculos XVII e XVIII, ou então que lidavam com temas pertinentes ao direito internacional atual, como, por exemplo, o direito da guerra. É de se ressaltar, contudo, que as matérias elencadas nesse período como parte do *jus gentium* não coincidiam com as que, hoje, figuram como objeto da disciplina do Direito Internacional Público, porque incluíam institutos e problemas que, contemporaneamente, interessam, *e.g.*, ao Direito Constitucional e ao Direito Civil. Outrossim, anote-se que, em seus escritos, esses autores clássicos não tratavam exclusiva e especificamente do *jus gentium*; seus objetivos eram outros, de maneira que apenas incidentalmente eram abordadas questões referentes a um direito internacional – que, a propósito, na maioria dos casos, equivalia a um direito da humanidade ou dos povos e não a um direito dos Estados ou das nações, visto que a divisão do mundo em comunidades políticas independentes, a depender do escritor, ou era uma realidade ainda por consolidar-se, ou não era enfatizada em sua respectiva obra.

³⁴ AGO, Roberto. *Science juridique et droit international*. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 90, p. 861, 1956.

³⁵ AGO, Roberto. *Op. cit.* p. 862-863. VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 16, p. 280-282, 1927-I.

desconsidera inúmeras sutilezas do pensamento dos dois autores³⁶ –, percebe-se que o direito internacional consuetudinário integra o *jus positivum*, mas é inspirado nos ditames do direito natural.

É possível contestar que Suárez e Grotius sejam representantes do método dedutivo, já que, em seu tempo, o direito natural se manifestava de forma menos metafísica e mais concreta, podendo ser apreendido mediante uma observação da natureza das coisas, do universo material mesmo e das coincidências entre os valores morais de diversos povos, pelo que Grotius, por exemplo, não se esquivava, em suas pesquisas, de invocar textos de autoridades – de filósofos da Antiguidade a escolásticos – e eventos históricos³⁷. Sem embargo, o que avulta na metodologia de cada um é, no jesuíta granadino, o emprego da lógica formal e, no jurista holandês, as deduções de princípios ou de leis gerais, provenientes da razão e da sociabilidade humanas³⁸. Em consequência, optou-se por classificar ambos como dedutivistas.

Já no século XVIII, a bipartição do *jus gentium* em direito natural e em direito positivo é reproduzida por autores como Christian Wolff, Jean Jacques Burlamaqui, Emer de Vattel e Georges Frédéric Martens. A atribuição ao direito natural de uma das partes do direito internacional aparece também no século XIX, entre autores de língua alemã, como Klüber, ou inglesa, como Manning, Phillimore, Travers Twiss e Ferguson, ou italiana, como Fiore, ou, ainda, francesa, como Bonfils, Fauchille, Hauterfeuille e outros³⁹. Por sua vez, Samuel

³⁶ A simplificação afeta, principalmente, o ideário de Grotius, que sofreu variações ao longo de sua vasta obra, quando se comparam seu *De jure praedae* (ou *De indis*, cujo manuscrito data de 1604-1605) e as duas versões de seu *De jure belli ac pacis* (uma de 1625 e a outra de 1631).

³⁷ TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999.

³⁸ Grotius, por exemplo, não raro compara seu proceder com o dos matemáticos: “[assim] como os matemáticos geralmente fazem qualquer demonstração concreta ser precedida da afirmação preliminar de certos axiomas gerais com relação aos quais todos estão facilmente de acordo, de modo que haja um ponto fixo a partir do qual se possa traçar a prova do que se segue, da mesma forma indicaremos certas regras e leis da natureza bastante gerais, apresentando-as como assunções preliminares que precisam ser lembradas mais do que aprendidas pela primeira vez, com o propósito de estabelecer os fundamentos sobre os quais outras conclusões possam repousar seguramente” (*apud* ARAÚJO, Marcelo. Grotius, Descartes e o problema do ceticismo no século XVII: as origens filosóficas do debate jusnaturalismo vs. positivismo legal. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v. 38, n. 120, p. 12, 2011).

³⁹ AGO, Roberto. Op. cit. p. 864-865. Segundo Roberto Ago, o mesmo se pode dizer de juristas alinhados à tradição grociana e de jusinternacionalistas dos séculos XVII e XVIII que, embora tachados de “positivistas”, não merecem essa qualificação, tendo-se em conta, especialmente, a carga semântica que o termo assumirá no século XX. Esses últimos podem enfatizar mais o lado voluntário do direito do que o não voluntário (natural), mas mesmo assim são dualistas – isto é, creem que o direito internacional tem feição dual, natural e positiva. É o caso de Richard Zouche, de Cornelis van Bynkershoek e de Johan J. Moser, que comumente são tidos como precursores do positivismo jurídico, mas que, sempre conforme Ago, não se desvincularam totalmente do pensamento clássico, a ponto de negar a existência de um direito natural (*ibid.*, p. 865-867). Emer de Vattel também pode ser inserido numa posição intermédia: conquanto se diga sucessor de Christian Wolff, em sua visão, o direito natural (e o direito internacional) acaba(m) cedendo às pressões da política internacional e a uma compreensão quase absoluta da soberania estatal (LE FUR, Louis. *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 18, p.

Pufendorf é expoente do jusnaturalismo puro, assim como Textor, Thomasius, Barbeyrac e Rutherford⁴⁰.

Para exemplificar as teorias desse segundo momento da doutrina clássica, vale resumir as ideias dos alemães Samuel Pufendorf (1632-1694) e Christian Wolff (1679-1754). Em Pufendorf, a noção de direito natural já começa a distanciar-se daquela que a doutrina tradicional esposava: para ele, o *jus naturae* é um direito necessário e imutável, deduzido da natureza das coisas mediante o emprego da razão. Já o direito positivo é entendido como o oriundo de uma vontade superior, que não se confunde com a dos sujeitos cuja conduta ele visa a reger. Como resultado, o direito internacional, por ser criado pelos Estados para regular as relações entre os próprios Estados, não pode ter caráter positivo, de sorte que tanto os tratados quanto o costume compõem o direito natural⁴¹. O método de Pufendorf é claramente o dedutivo, porque suas conclusões são obtidas por meio de inferências de uma série de postulados apriorísticos, como a conexão entre direito positivo e vontade superior⁴².

Por seu turno, Wolff segue na esteira de Leibniz e de Grotius, aproximando-se em muitos aspectos das ideias desse último. Conforme a tradição grociana, ele biparte o direito internacional em direito natural e em direito positivo, isto é, voluntário, contudo inova ao subdividir esse segundo componente em três ramos: o *jus gentium pacticium*, referente aos tratados, calca-se no consentimento expresso dos Estados; o *jus gentium consuetudinarium* ou costumeiro decorre do consentimento tácito; e o *jus gentium voluntarium* lastreia-se no consentimento presumido e abrange obrigações que as nações assumem pelo simples fato de

330-331, 1927-III). “C'est-à-dire que, bien que Vattel soit encore compté comme un représentant de l'École du droit de la nature et des gens — qui déjà n'est plus du tout l'école traditionnelle du droit naturel — il se trouve en fait rejoindre sur bien des points les conclusions auxquelles aboutira plus tard l'école positive.” (Ibid., p. 331)

⁴⁰ AGO, Roberto. Op. cit. p. 868. A concepção do jusnaturalismo puro ter-se-ia iniciado com Thomas Hobbes. Ele entende que a necessidade de autopreservação leva os homens a renunciarem a seus direitos ilimitados, em favor da paz, ao transferi-los a uma autoridade soberana habilitada a emitir comandos gerais obrigatórios, as leis civis. Eis que surge a *civitas*, a sociedade civil, que permite a superação do estado de natureza originário. Não obstante, esse último acaba sendo replicado no plano das relações entre as diferentes *civitates*. Passa-se a interpretar o direito positivo estritamente como o produto da vontade do soberano, eliminando-o do domínio do direito das gentes. Hobbes não admite um direito positivo pactual, pelo que o direito internacional se torna exclusivamente direito natural (ibid., p. 867-868). “No que se refere às atribuições de um soberano para com outro, que estão incluídas naquela lei que é comumente chamada *lei das nações*, não preciso aqui dizer nada, porque a lei das nações e a lei da natureza são uma e a mesma coisa.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Heloisa da Graça Burati. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005. p. 203)

⁴¹ AGO, Roberto. Op. cit. p. 327-328. Embora o direito natural tal como concebido pelos jusinternacionalistas do século XVII não corresponda a um sistema puramente ideal e abstrato de princípios, Pufendorf dá início ao distanciamento progressivo entre a prática internacional, de um lado, e as categorias especulativas e racionais que se difundirão mais tarde na doutrina jusnaturalista. Ele chega a afirmar que, devido à ausência de um componente positivo no direito das gentes, os acordos internacionais não poderiam ser tidos como expressão do direito – ainda que a lei natural postule que a fé dada há de ser observada (ibid., p. 869).

⁴² LE FUR, Louis. La théorie du droit naturel... p. 328.

adentrarem a *civitas gentium maxima*, uma espécie de sociedade internacional revestida da autoridade de um superestado e, destarte, apta a fazer cumprir o direito das gentes⁴³. Vislumbra-se que Wolff, conquanto não rechace a feição parcialmente jusnaturalista do direito internacional, acaba por aderir à tese – que posteriormente será reiterada por outros autores – de que o costume internacional se assemelha a um acordo tácito.

2.1.1.2 O normativismo de Hans Kelsen

Talvez o representante mais conhecido da ótica dedutiva seja o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Com sua teoria pura do direito, também chamada doutrina normativista, ele tenciona, a um só tempo, aperfeiçoar o positivismo jurídico – que entende que todo direito positivo deriva de um ato de vontade – e distanciar-se dele. Autodescreve-se como um positivista crítico, que se dedica estritamente a conhecer seu objeto de estudo imediato, qual seja, o direito positivo, visando a apartá-lo de todos os elementos extrajurídicos. Kelsen afirma que inexistente direito fora do direito positivo e que a juridicidade e a positividade de suas normas se devem precisamente a sua emanação de uma fonte formal: são atos perceptíveis pelos sentidos, que se desenvolvem no tempo e no espaço⁴⁴.

Apesar de guardar essas similaridades com o positivismo, o distanciamento fica evidente quando se examina o fundamento da validade – *i.e.*, da obrigatoriedade – do direito. Segundo Kelsen, para que seja criada uma norma vinculante, não basta a emissão de um comando por uma vontade determinada. Além disso, exige-se que o emissor esteja autorizado a tanto por outra norma válida, precedente. É que o fato que gestou a regra não é o suficiente para justificar sua validade. Esse atributo decorre, isto sim, de uma segunda norma, mais elevada e cuja obrigatoriedade é reconhecida. Dessa maneira, o fundamento de uma norma jurídica situa-se sempre em outra norma que lhe seja hierarquicamente superior. Daí falar-se em normativismo: porque o encadeamento entre as normas é o que faz fluir a obrigatoriedade de uma para outra⁴⁵.

Essa lógica não pode, contudo, progredir ao infinito, já que eventualmente se chegaria a uma norma primordial sem qualquer outra que lhe fosse antecedente. Eis aí a *Grundnorm*, a norma de base, que, ante a inexistência de regras anteriores, não pode ter sido gerada por um fato jurídico-normativo. Destarte, sua validade só pode ser pressuposta. Em última análise, todo um sistema jurídico encontra seu fundamento na *Grundnorm*, hipotética. Repare-se que

⁴³ Ibid., p. 328-329.

⁴⁴ AGO, Roberto. Op. cit. p. 886-887.

⁴⁵ AGO, Roberto. Op. cit. p. 887-888.

essa norma de base detém natureza jurídica, mas não positiva, visto que sua obrigatoriedade é dada⁴⁶⁻⁴⁷.

Para determinar a *Grundnorm* da ordem jurídica internacional, Kelsen toma como ponto de partida a decisão de uma corte internacional. Sua validade, é fácil discernir, repousaria no tratado que estabeleceu o tribunal, e essa convenção, por sua vez, restaria fundamentada no princípio da *pacta sunt servanda*, a norma de base do sistema jurídico internacional. Eis a concepção adotada pelo autor numa fase inicial, numa época em que mesmo o costume internacional, identificado com um acordo tácito, apresentava natureza consensual. Em trabalho mais recente, todavia, a conclusão é diversa. Nele, Kelsen distingue o costume – considerado fonte formal autônoma do direito internacional geral – do tratado – fonte que produziria um direito internacional particular. Nesse passo, a *pacta sunt servanda* deixa de ser uma regra hipotética e passa a ser uma norma positiva, lastreada em fonte formal prévia, o costume⁴⁸. Avançando-se ainda mais pela pirâmide normativa, desvela-se que a *Grundnorm* seria, por conseguinte, uma regra que designa o costume como fato normativo primeiro da ordem jurídica internacional e que é formulada por Kelsen nestes termos: “Os

⁴⁶ AGO, Roberto. Op. cit. p. 888.

⁴⁷ Alfred Verdross, seguidor de Kelsen, remarca que assiste razão às críticas à feição hipotética da norma fundamental kelseniana. A verdade é que, muito embora Kelsen se inspire no método das Ciências Naturais para montar seu raciocínio, sua noção de hipótese é diversa da presente nessas áreas do conhecimento. No estudo da natureza, uma hipótese sempre antecipa a experiência empírica, que a confirma ou não. Em Kelsen, porém, a hipótese é o que sustenta a unidade de toda sua teoria, emprestando juridicidade a todos os atos jurídicos inferiores; o direito só existe em virtude dessa norma hipotética, que, ao contrário das hipóteses das Ciências Naturais, não pode ser verificada à luz da experiência, tampouco esclarece se os indivíduos se conformam às regras e por que; é puro dever-ser. Para Verdross, esse método de verificação não se aplica ao direito, devendo limitar-se às regras extraídas da experiência empírica; é preciso distinguir as leis normativas (prescritivas e típicas do direito) das que exprimem uma regularidade (descritivas e típicas dos mundos natural e social). Se a norma fundamental não pode ser verificada, não é hipótese no sentido estrito e sim um axioma (VERDROSS, Alfred. *Le fondement...* p. 280-282).

⁴⁸ AGO, Roberto. Op. cit. p. 889-890. KELSEN, Hans. *Théorie général du droit international coutumier*. **Revue International de la Théorie du Droit**, Brno (République tchèque), v. 1, n. 1, p. 253 *et seq.*, 1939. “É preciso notar, porém, que o direito internacional contratual particular e o direito internacional consuetudinário geral não devem ser considerados como grupos de normas coordenadas. O fundamento de um constitui uma norma, [*sic*] que pertence ao outro, ficando ambos na relação de grau mais alto para um grau mais baixo.

“E se se levar em consideração também as normas jurídicas produzidas pelos tribunais internacionais e por órgãos similares, aparece ainda na estrutura do direito internacional um terceiro grau. Pois a função de tal órgão produtor de direito internacional repousa, por sua vez, num acordo de direito internacional, portanto numa norma que pertence ao segundo grau do direito internacional. Esta – por via do direito internacional, produzido por tratados internacionais – repousa numa proposição de direito internacional consuetudinário geral, na camada mais alta, e deve valer como a norma fundamental do direito internacional e, com isso, [...] uma norma que através da conduta recíproca do costume constituído pelos Estados estabelece uma produção jurídica de fato.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 182-183)

Estados estão obrigados a conduzirem-se da maneira como vêm se conduzindo costumeiramente”⁴⁹.

Atente-se que essa última norma de base é meramente hipotética, *i.e.*, não é positiva nem muito menos tem feição consuetudinária. Trata-se de um pressuposto normativo necessário à teoria pura de Kelsen, que rejeita a possibilidade de que o direito emane de algo que não seja o próprio direito, vale dizer, de fatos sociais. Como assinala Kammerhofer, a *Grundnorm* kelseniana, embora se reporte ao costume, autorizando-o a criar normas internacionais, não é costumeira em si mesma. É que o conteúdo do direito consuetudinário se situa no mundo real dos fatos – por exemplo, ao referir-se à prática internacional – e não no mundo ideal das prescrições, e exatamente por isso o costume seria incapaz de versar sobre o processo de formação das normas jurídicas. Afinal, seria contraditório pensar numa prática – fenômeno ligado ao plano do ser – acerca das fontes do direito – conceito inserido no plano do dever-ser⁵⁰.

Uma crítica que pode ser endereçada a Kelsen em particular e aos juspositivistas em geral inspira-se justamente nas especificidades do direito costumeiro. É sabido que, para o positivismo jurídico, só são válidas aquelas normas que emanam de uma vontade autorizada e que observam os procedimentos formais de criação normativa. Em contraste, o costume parece ser não intencional, ou seja, não precisa pautar-se na vontade (humana ou estatal) para vir a lume, tendo-se em conta que não é muito convincente o argumento de que ele se equipararia a um acordo tácito de vontades. O normativismo kelseniano teria resolvido esse problema, ao conceber uma norma hipotética que emprestaria tanto a processos lastreados na vontade quanto àqueles não intencionais aptidão para criar o direito. É como se, ficticiamente, os sujeitos de direito expressassem esta vontade: a de que sua prática reiterada (suas regularidades de comportamento) também detivesse(m) valor jurídico⁵¹. “La costumbre crea el derecho de la misma manera que la legislación. La costumbre es una creación jurídica inconsciente y no intencional.”⁵²

2.1.1.3 O jusnaturalismo moderno

⁴⁹ AGO, Roberto. Op. cit. p. 890; tradução livre. KELSEN, Hans. **Principios de derecho internacional público**. Trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965. p. 270.

⁵⁰ “State practice cannot be directed at an ‘Ought’, an ‘Is’ cannot regulate the relationship to a norm. No practice is possible with respect to rules creating rule-creating rules, creating rules, unmaking rules (formal abrogation), because such a ‘practice’ would necessarily be in the ideal realm and precisely not real — which is what practice *per definitionem* is. [...] If one were to make this assumption, one would have to conclude that meta-customary law cannot be customary law.” (KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 539-540)

⁵¹ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 546-547.

⁵² KELSEN, Hans. Principios de derecho internacional público. p. 263.

Teóricos modernos que atrelam os fundamentos do direito internacional ao direito natural também podem ser entrevistados como dedutivistas. Essa escola de pensamento consubstanciou uma reação tanto ao positivismo jurídico quanto, em alguma medida, ao normativismo kelseniano. Para o jurista austríaco Alfred Verdross (1890-1980), discípulo de Kelsen, as normas internacionais não dimanam puramente da vontade comum dos Estados: já que essa última é tida como um fato jurídico, urge reconhecer a existência de uma regra superior a ela e que lhe confere juridicidade. Não é a declaração de vontade que cria o direito; ela é somente a condição de aplicação de uma norma jurídica. Toda vontade jurídica presume uma norma prévia estabelecendo que o consentimento de certos sujeitos produz consequências jurídicas⁵³. Segundo Verdross, existem princípios compartilhados por todas as civilizações, a exemplo da máxima da *pacta sunt servanda*, imutável ao longo do tempo e através do espaço: de um lado, ela integra o direito positivo, porquanto é aceita pela prática geral dos Estados; de outro, pertence a uma ordem superior, pois tanto o costume quanto os tratados se baseiam nela. A *pacta sunt servanda* é, portanto, uma norma simultaneamente jurídica e ética, um valor autoevidente⁵⁴⁻⁵⁵.

Mais tarde, em seu curso geral ministrado na Haia em 1929, *Règles générales du droit international de la paix*, Verdross alarga sua proposta de norma fundamental, sob a justificativa de que a *pacta sunt servanda*, por si só, não seria capaz de obrigar Estados não reconhecidos, que ainda não houvessem concluído nenhum acordo internacional. Como alternativa, a fórmula adotada é: “[todo] Estado nascido no quadro da comunidade internacional deve conduzir-se segundo as regras costumeiras aceitas generalizadamente

⁵³ VERDROSS, Alfred. Le fondement... p. 276-279.

⁵⁴ Ibid., p. 284-286.

⁵⁵ A bem da verdade, seria possível descrever o raciocínio de Verdross como indutivo e não como dedutivo. É que o autor se mostra ciente de que sua doutrina jusnaturalista não está a salvo da clássica objeção positivista de que o direito natural não passa de um sentimento subjetivo de justiça que varia conforme o contexto histórico-cultural; acabam-se confundindo direito, moral e política, rejeitando-se a contribuição de Kelsen e de outros pensadores que intentaram purificar a Ciência Jurídica, livrando-a de todas as impurezas extranormativas. Não obstante, Verdross teme que o positivismo tenha ido longe demais em sua busca de perfeita autonomia para o direito. Para ele, o conteúdo do sentimento de justiça é variável, decerto, mas a justiça em si pode ser encarada como um valor objetivo e absoluto, porque não é o homem que a cria; ele meramente a constata. Os princípios da justiça ocupam uma esfera ideal, e é preciso distingui-los de todo sentimento subjetivo acerca desse valor. Para que sejam conhecidas todas as regras da justiça, seria preciso analisar a plenitude da atividade humana. Não sendo isso possível, como cada homem só apreende uma parte desse objeto, o sentimento de justiça de cada um é parcial. Ademais, a multiplicidade de sistemas morais impede que alguns indivíduos possam, em detrimento de outros, clamar conhecer a verdadeira justiça. Sem embargo, a escola fenomenológica teria superado essa aparente contradição entre a existência de uma ética objetiva e a convivência de múltiplos sistemas morais. O argumento é que cada um desses sistemas abrange só uma parte do mundo concreto das ideias éticas objetivas, de modo que caberia ao teórico pesquisar essa pluralidade moral a fim de identificar princípios comuns (ibid., p. 283-284). Portanto, o método dessa pesquisa, apesar de seu grau de abstração, mais se aproxima da indução do que da dedução.

como sendo o direito e segundo outras fontes reconhecidas por eles como obrigatórias⁵⁶. Em escrito posterior, o jurista renuncia a essa concepção de norma de base única, em prol de uma visão pluralista, compreendendo múltiplos princípios gerais de direito, derivados da consciência comum dos povos. Apenas uma parcela desses princípios seria positivada, mas mesmo aqueles que não sofressem essa transformação não perderiam o *status* de fundamento do direito positivo. Sublinhe-se que, ao defender a existência de semelhantes princípios, Verdross resgata a necessidade como critério validador de normas não positivas⁵⁷. Já no que concerne ao costume, nessa teoria mais recente, o jurista concebe uma multiplicidade de processos criadores do direito consuetudinário, o que termina por solapar a unidade das normas internacionais costumeiras⁵⁸.

No que tange a outros jusnaturalistas modernos, sua metodologia consiste, a rigor, em identificar um conjunto de leis naturais extraídas da natureza humana, de princípios de justiça ou, ainda, do direito divino. Saliente-se, contudo, que esse *jus naturae*, ao contrário das aparências, não é puramente metafísico; na verdade, ele manifesta-se continuamente no próprio direito costumeiro, de maneira que, muitas vezes, é a análise dos usos e das práticas que permite discernir o que é razoável ou justo. É por isso que, geralmente, as referidas leis naturais não são tidas como eternas e imutáveis; pelo contrário: como o *jus naturae* pode ser apreendido da conduta humana, seu conteúdo pode variar ao longo do tempo e do espaço, e é ele que serve de parâmetro para que seja aferida a retidão – o grau de justiça – das demais normas do sistema jurídico⁵⁹.

A título meramente ilustrativo, além de Verdross, também podem ser citados como adeptos da corrente jusnaturalista moderna, entre outros: o holandês Hugo Krabbe⁶⁰, os franceses Charles Dupuis⁶¹ e Louis E. Le Fur⁶²⁻⁶³, o inglês James L. Brierly⁶⁴, o belga Charles

⁵⁶ VERDROSS, Alfred. Règles générales du droit international de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 30, p. 289, 1929-V; tradução livre.

⁵⁷ AGO, Roberto. Op. cit. p. 887-888.

⁵⁸ O artigo data de 1969 e intitula-se *Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts*. É citado em KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 540.

⁵⁹ PERREAU-SAUSSINE, Amanda. Three ways of writing a treatise on public international law: textbooks and the nature of customary international law. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard. **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 235-236.

⁶⁰ “Sur cette force naturelle de l'esprit repose la validité de tout droit. Il n'existe pas, comme l'enseignent les manuels, de sources du droit; il n'y a qu'une source unique du droit et c'est le sentiment ou la conscience juridique, inné dans l'homme, qui, au même titre que tous les sentiments, poussant à des estimations, occupe une place dans la vie consciente de l'homme. Voilà la base de tout droit, du droit légal, du droit coutumier, même du droit non écrit en général.” (KRABBE, Hugo. L'idée moderne de l'État. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 13, p. 571-572, 1926-III)

⁶¹ “Je suis pleinement d'accord avec M. Verdross que c'est dans les principes de la morale que se trouvent les fondements rationnels du droit international — comme du droit interne d'ailleurs — mais le droit s'écarte

De Visscher⁶⁵, o italiano Gabriele Salvio⁶⁶ e Sir Hersch Lauterpacht⁶⁷. Outrossim, em seus respectivos cursos da Haia, Alfred Verdross menciona os teólogos Cathrein, Mausbach e

parfois des sentiers tracés par la raison pour suivre, dans ses écarts, l'impulsion des idées et des passions qui dominent une société à un moment donné. La pauvreté de notre vocabulaire n'a qu'un mot pour désigner ces deux choses différentes et parfois opposées : le droit tel qu'il devrait être, le droit naturel, le droit idéal, le droit en soi, et le droit tel qu'il est, le droit positif, le droit tel que le font les compromis médiocres entre les idées et les sentiments souvent contraires des peuples et des gouvernements.” (DUPUIS, Charles. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 30, p. 6, 1930-II)

⁶² Em seu curso da Haia sobre o direito natural, Le Fur defende que o costume internacional e os princípios gerais de direito, tais como positivados no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, hoje sucedida pela Corte Internacional de Justiça, consagram manifestações do *jus naturae*: “si l'on arrive à notre époque, on peut dire que la doctrine du droit naturel ou objectif est aujourd'hui consacrée en droit international par un texte positif, du moins pour tous les États membres de la Société des Nations ou qui ont accepté la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale. L'article 38 du Statut de la Cour, après avoir déclaré en première ligne que la Cour appliquera les conventions internationales, générales ou spéciales, reconnues par les États en litige, ajoute les deux paragraphes suivants: La Cour applique: « 2° la coutume internationale qui doit être considérée comme la preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit; 3° les principes généraux de droit reconnus par les pays civilisés. » Le paragraphe 2 vise la coutume internationale, mais il faut bien se garder d'y voir un simple succédané de la convention, comme on le faisait auparavant, lorsque la coutume était considérée comme reposant sur l'assentiment tacite des États. Aujourd'hui le texte le dit, « elle doit être considérée comme la preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit, » acceptée d'une façon générale, mais non forcément par les deux parties en cause. C'est-à-dire que, de l'idée du consentement de chaque partie, auparavant nécessaire en vertu du principe de la souveraineté absolue des États, nous passons à celle, bien différente, de droit international commun...” (LE FUR, Louis. La théorie du droit naturel... p. 362).

Em outro curso de sua autoria, *Règles générales du droit de la paix*, escreve: “[la] coutume ne repose pas exclusivement sur le consentement présumé des États; elle repose aussi sur l'existence de l'idée de justice et sur la nécessité d'une règle sociale. Les États se sentent tenus de respecter la règle coutumière, et c'est cette idée d'obligation (*juris necessitatis opinio*) qui distingue la coutume juridique d'un simple usage. Une règle coutumière généralement appliquée peut donc être opposée à un État qui nierait sa validité dans un cas concret, sous prétexte qu'il ne l'a jamais reconnue” (Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 54, p. 198, 1935-IV).

⁶³ Le Fur enumera algumas das regras basilares do direito natural; são elas: as obrigações de honrar as promessas feitas livremente, de reparar os prejuízos causados injustamente e de respeitar a autoridade, bem como certos direitos fundamentais decorrentes da natureza humana (Id. La théorie du droit naturel... p. 389-391). “Ces règles, l'homme en reconnaît le bien-fondé précisément parce qu'il possède, nous l'avons vu, le sens du juste, synthèse de ses autres sens spirituels, ceux du bien et de l'utile notamment. Ce n'est pas parce que le législateur a posé le principe du respect des contrats ou parce qu'il a interdit le meurtre ou le vol que l'homme est tenu en conscience de s'y soumettre...” (Ibid., p. 392) “[II] s'agit ici, non pas de vérités expérimentales, mais d'un jugement de valeur. Et si le droit, pour connaître ce qui est bien, doit en référer à la morale, c'est parce qu'il existe des rapports nécessaires entre le bien et le juste, comme entre le droit naturel et le droit positif.” (Loc. cit.) “Quant au reproche de subjectivisme, il n'est pas plus exact. Dans la doctrine traditionnelle, il ne s'agit nullement d'un sentiment subjectif, mais bien de la connaissance nécessairement subjective – sinon comment pourrait-on l'avoir? – d'un ordre objectif.” (Ibid., p. 392-393)

⁶⁴ “Nous sommes tous contraints d'agir comme si nous étions convaincus de la réalité d'un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théories d'un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d'espoir à la science juridique.” (BRIERLY, J. L. Le fondement du caractère obligatoire du droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 23, p. 549, 1928-III)

⁶⁵ “La norme *pacta sunt servanda* est un principe de droit naturel que l'on ne peut pas plus détacher des règles du droit positif qu'il domine que des principes plus généraux de justice et de morale dont il procède.

“[...] C'est au nombre de ces normes directement dérivées de la notion de justice que vient se ranger, entre d'autres, la règle *pacta sunt servanda*.

“Ainsi la convention et la coutume ne constituent, à proprement parler, que des sources formelles ou de simples procédés d'élaboration technique du droit. Extérieurement elles apparaissent à l'observateur comme « des modes de constatation de la règle de droit » ... Elles n'en sont jamais la cause première ni la base

Schilling, bem como os estudiosos laicos Carl L. von Bar, Nelson e Ebers⁶⁸, enquanto Roberto Ago destaca o alemão Küntzel e o barão Friedrich A. von der Heydte⁶⁹.

As teorias jusnaturalistas apresentam os problemas típicos de toda enunciação de valores pretensamente universais: risco de subjetivismo ou de parcialidade, ou virtual impossibilidade de fixar um denominador comum que abranja a variedade moral e axiológica verificada ao redor do mundo. No extremo oposto, há o perigo de que a tese formulada não vá muito além de postular uma retórica humanizante, sendo, no fundo, tão vazia de conteúdo quanto as perspectivas juspositivistas.

Em apertada síntese, conclui-se que todas as perspectivas teóricas dedutivas, tanto o normativismo de Kelsen quanto o jusnaturalismo em suas múltiplas versões, compartilham o mesmo ponto de partida: uma proposição geral e abstrata, como a moral, o direito natural, a necessidade ou uma norma hipotética.

2.1.2 Teorias indutivas

Diferentemente das teorias dedutivas, as indutivas buscam a correspondência com a realidade empírica, *i.e.*, com os fatos da vida internacional. Quando perquirem sobre as

véritable, puisque, en dernière analyse, elles puisent leur force obligatoire non dans la volonté des États, mais dans un principe indépendant de cette volonté et supérieur à elle.

“Il est bien vrai que la coutume, considérée comme la source formelle du droit international commun, est constituée par une pratique générale... Et il est vrai encore qu'une pratique même générale ne revêt le caractère de coutume juridique obligatoire que lorsqu'elle est « acceptée comme étant de droit » (art. 38, al. 2 du Statut de la Cour permanente de justice internationale), c'est-à-dire lorsque les États deviennent conscients de la nécessité, juridique cette fois, de son observation. Mais, encore une fois, cette acceptation elle-même n'a d'efficacité en droit qu'en raison de la conviction qu'elle dénote de la conformité de la coutume avec une norme supérieure qui, elle, est indépendante de la volonté des États.” (DE VISSCHER, Charles. Contribution à l'étude des sources du droit international. **Revue de Droit International et de Législation Comparé**, La Haye/Paris, n. 1, p. 400-403, 1933)

⁶⁶ “En ce qui concerne l'objection souvent répétée que le principe *pacta sunt servanda* n'explique pas le caractère obligatoire des règles coutumières (pour ceux qui ne les considèrent pas comme des règles volontaires), si elle est exacte, du moins conduit-elle à ce seul résultat que, pour les règles coutumières, il faut se baser sur quelque autre principe, mais toujours de droit naturel, pour expliquer leur caractère obligatoire, étant donné qu'il n'est pas possible de fonder le caractère obligatoire d'une règle coutumière sur une autre règle coutumière.” (SALVIOLI, Gabrielle. La règle de droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 73, p. 381, 1948-II)

⁶⁷ “[Nous] nous sommes risqué ailleurs à proposer la formule *voluntas civitatis maximae est servanda* comme exprimant le mieux le postulat rationnel et éthique d'une communauté internationale d'intérêts et de fonctions. Mais, comme nous l'avons dit, peu importe la formule donnée à la « supposition fondamentale », aussi longtemps que nous réalisons la nécessité scientifique et sociale de trouver au droit international une base autre que la volonté des États.” (LAUTERPACHT, H. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 37, p. 152, 1937-IV) “Elle [la coutume] est, d'une certaine manière, l'expression du droit international nécessaire et objectif, existant indépendamment de la volonté des États. Car il est impossible d'admettre, avec les positivistes, que la coutume est un consentement tacite, sous-entendu, par opposition au consentement exprès donné dans un traité.” (Ibid., p. 157-158)

⁶⁸ VERDROSS, Alfred. Le fondement... p. 282.

⁶⁹ AGO, Roberto. Op. cit. p. 901.

metanormas que regulam a formação do direito internacional costumeiro, os autores que se valem da indução põem-se a analisar exemplos de como o costume internacional se consolidou no passado. É a experiência fática – o funcionamento corriqueiro da ordem internacional – que serve de substrato às perspectivas indutivas, o que permite que, a partir de um acervo de casos concretos, se infiram regras abstratas.

O uso do método indutivo possibilita que efetivamente se explique o processo de criação do direito internacional consuetudinário, na medida em que o fundamento desse último não é atrelado a uma noção vaga – como, *e.g.*, uma norma hipotética, o direito natural, etc. – e sim a variáveis observáveis. O problema que remanesce, porém, é que descrição e prescrição acabam por confundir-se: as metanormas do costume internacional (como ele *deve* ser produzido, quais requisitos *devem* ser satisfeitos, etc.) passam a equivaler ao próprio conteúdo do direito internacional costumeiro (como ele *é*), pelo que se incorre numa lógica circular⁷⁰.

Podem ser considerados indutivos: o voluntarismo estatal e o pensamento de Herbert L. A. Hart.

2.1.2.1 Positivismo jurídico, teoria da autolimitação estatal e voluntarismo

A doutrina do juspositivismo absoluto emerge no século XVIII, em reação aos excessos do jusnaturalismo clássico, que buscava deduzir do direito natural todas as normas de direito positivo⁷¹. Em sua procura por autonomizar a Ciência Jurídica de todo elemento que seja exterior ao direito, o positivismo rejeita o *jus naturae*, tido como um produto arbitrário e subjetivo da mente de certos escritores. São reconhecidas apenas as normas positivas, entendidas como as que extraem seu fundamento de um ato de criação realizado dentro da História e exteriorizado. O que demarca o aspecto histórico de uma regra é que sua juridicidade seja conferida por um poder normativo competente, mediante procedimento apropriado, de maneira que ela possa ser percebida objetivamente – vale dizer, ela precisa ter emanado de uma fonte formal⁷². No direito internacional, uma das consequências dessa interpretação restritiva da norma jurídica é a supervalorização dos tratados, em detrimento do

⁷⁰ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 537 e 543-545. “The proof for the formula: ‘customary international law is state practice plus *opinio juris*’ would be obtained by a look at facts, in this case: state behaviour. This, however, is a *circulum vitiosum*. One presupposes a method of proof which itself is the object of the investigation.” (Ibid., p. 545)

⁷¹ VERDROSS, Alfred. Le fondement... p. 257.

⁷² AGO, Roberto. Op. cit. p. 873-874.

costume. É o que se constata em autores como Cornelis van Bynkershoek⁷³, Samuel Rachel⁷⁴ e Johan J. Moser⁷⁵, ressalvada a opinião de Roberto Ago de que eles não se teriam afastado em definitivo da tradição anterior, que bipartia o *jus gentium* em direito natural e em direito positivo⁷⁶.

O positivismo jurídico em sua vertente mais rigorosa mantém uma visão imperativista da origem do direito, como oriundo de um comando emitido por uma autoridade superior. Aliando essa ideia à necessidade de que a norma jurídica advenha de uma fonte formal, chega-se à conclusão inevitável de que o direito é reduzido ao produto da vontade do Estado. Em concepções anteriores, além de fonte jurídica, a vontade estatal era submetida ao direito e dele recebia sua capacidade normativa. A partir do século XIX, entretanto, essa vontade é estabelecida acima e fora do direito, que passa a identificar-se com o que ela ordena. Eis que o positivismo se torna mero “estatismo voluntarista”, entendimento acolhido tanto pela escola inglesa da jurisprudência analítica quanto pela doutrina filosófico-jurídica alemã dos anos 1850⁷⁷.

O principal representante do pensamento inglês é John Austin (1790–1859), discípulo de Jeremy Bentham: para ele, são normas jurídicas apenas aquelas que se reportam à vontade estatal. O direito internacional não existiria como direito positivo e sim como um agregado de orientações de “moralidade internacional positiva”, impostas pela opinião geral da sociedade

⁷³ Para Bynkershoek, no direito das gentes nenhum Estado pode agir contra a razão, mas quando ela é incerta, como frequentemente se dá, o direito deve ser apreciado conforme o “costume quase constante”. Ele atribui grande importância aos tratados internacionais, alegando que tomá-los como base imprime utilidade prática em seu trabalho. Não descarta a autoridade reconhecida à razão, mas prefere respaldar-se no direito convencional. Acusa os poetas e os oradores gregos e romanos de serem “os piores professores de direito público”, dando mais prestígio a estadistas e a diplomatas (*apud* VERDROSS, Alfred. *Le fondement...* p. 257-258; tradução livre).

⁷⁴ Rachel é o crítico mais severo de Pufendorf e de sua ideia de que os tratados não passam de fatos, porque sua obrigatoriedade seria mera decorrência do princípio de direito natural que impõe a fidelidade aos acordos. Rachel responde que, precisamente devido a esse fundamento jusnaturalista, os tratados irradiam normas jurídicas, ainda que de um nível subordinado (*ibid.*, p. 258-259).

⁷⁵ É Moser que desqualifica o direito natural mesmo como base do direito positivo. Ele adverte que não escreve sobre um direito internacional escolástico, assentado na aplicação da jurisprudência natural e voltado para reger a conduta de entidades morais; nem sobre um direito internacional filosófico, “concebido a partir de noções fantásticas da história e da natureza do homem”; nem sobre um direito internacional político, propositivo. Sua pretensão é descrever o *jus gentium* tal como ele existe na realidade, à luz da prática dos Estados. A Ciência do Direito internacional deve resultar numa espécie de arquivo nacional. Moser aponta que, mesmo se fosse possível descobrir os verdadeiros princípios da justiça, eles não teriam importância para essa ciência, visto que ela há de servir não para julgar os Estados, mas para descrever a realidade internacional (*apud* *ibid.*, p. 259-260; tradução livre).

⁷⁶ No mesmo sentido: KOSKENNIEMI, Martti. *Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law. Constellations*, New York, v. 15, n. 2, p. 189-207, 2008. “Though 18th century German lawyers oscillated uncertainly between the relative emphasis they lay on natural and positive law, they quite uniformly saw the two as intimately linked. The more firmly established the natural basis of the system – the less need was felt to speculate about it – the more freely lawyers could elaborate the laws and practices through the technique that was properly theirs.” (*Ibid.*, p. 192)

⁷⁷ AGO, Roberto. *Op. cit.* p. 876.

de Estados; seria, portanto, desprovido de força jurídica⁷⁸. Similarmente, para adquirir juridicidade, o costume precisa ter, no mínimo, o aval implícito de um órgão estatal – o que ocorre, por exemplo, quando ele é mencionado na fundamentação de decisões judiciais⁷⁹.

Por sua vez, a doutrina juspositivista alemã apoia-se na filosofia idealista de Georg W. F. Hegel (1770-1831). Segundo esse filósofo, o Estado encarna a realização concreta da ideia abstrata de moral, de sorte que o direito acaba dependendo da autoridade estatal e nela encontra sua realidade. Uma lei superior à ditada pelo soberano é considerada impossível. Consoante essa perspectiva estatista das normas jurídicas, para ser obrigatório, o direito internacional deve remeter à vontade do Estado. O primeiro ensaio teórico nesse sentido coube ao próprio Hegel: para ele, o direito das gentes teria natureza jurídica porque faria parte do direito interno. Igualmente, Albert Zorn (1876–1925), seguindo a linha hegeliana, compreende que o costume e os tratados internacionais só viram direito no momento em que o Estado os adota como integrantes do sistema jurídico nacional pela via da autolimitação; por conseguinte, o direito internacional não existiria independentemente do direito interno⁸⁰.

A versão mais bem-acabada de todo esse raciocínio consiste na teoria da autolimitação do poder soberano. Uns atribuem sua primeira formulação a Johann S. Pütter⁸¹ (1725-1807), e outros, a C. Rudolph R. von Jhering⁸² (1818-1892), mas todos concordam que foi Georg Jellinek (1851-1911) o responsável por aperfeiçoá-la. Nesse passo, opta-se por focar estritamente a tese de Jellinek, mas sem deixar de compará-la com a de Jhering, para realçar as similitudes e as diferenças entre ambas. Tanto o primeiro autor quanto o segundo propugnam que o direito internacional se alicerça na vontade de cada Estado tomado isoladamente, e suas normas são obrigatórias apenas na medida em que o ente estatal se

⁷⁸ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Weidenfeld & Nicolson Ltd, 1954 (1832). p. 127. “The duties which [international law] imposes are enforced by moral sanctions: by fear on the part of nations, or by fear on the part of sovereigns, of provoking general hostility, and incurring its probable evils, in case they shall violate maxims generally received and respected.” (Ibid., p. 201)

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 167. “Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em Direito Positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciais formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possui, da reprovação geral que recai sobre aqueles que a transgridam.” (Loc. cit.)

⁸⁰ AGO, Roberto. Op. cit. p. 877-879. No mesmo sentido, Philippe Zorn (1850-1928), pai de Albert, e outros partidários da chamada Escola de Bonn, para quem são as declarações de vontade que dão vida às normas internacionais costumeiras, destacando-se que esse assentimento pode ser revogado unilateralmente por qualquer Estado (STRUPP, Karl. *Les règles générales du droit de la paix*. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 47, p. 278-279, 1934-I).

⁸¹ VERDROSS, Alfred. *Le fondement...* p. 266. STRUPP, Karl. Op. cit. p. 274-275.

⁸² LE FUR, Louis. *Règles générales du droit de la paix...* p. 22.

autovincula a elas. Visto que todas as nações têm interesse em manter relações umas com as outras, todas hão de reconhecer certas regras de convivência que terminam por restringir-lhes a autonomia⁸³. Para Jhering, todavia, a juridicidade dessas normas advém não só do consentimento do Estado que escolhe autolimitar sua soberania, mas também de princípios de direito natural, superiores, a exemplo da *pacta sunt servanda*⁸⁴. Por sua vez, Jellinek reproduz largamente esses preceitos, entretanto, sob o pretexto de refinar o caráter científico da teoria, não admite a existência de um *jus naturae*: assim como no direito interno, no direito internacional o Estado só se obriga pela própria vontade, e sobre ele incidem somente aquelas normas que contam com seu reconhecimento⁸⁵.

O curioso é que, conforme os teóricos da autolimitação, uma vez dado o consentimento, ele não pode ser revogado nem derogado, e é daí que decorre a força vinculante do direito⁸⁶. Não obstante, como bem apontam determinados jusnaturalistas modernos, inexistente qualquer impossibilidade fática ou jurídica para uma revogação ou para uma derrogação. Em consequência, também é por uma simples manifestação de vontade que o Estado pode desobrigar-se de seus compromissos internacionais⁸⁷. Transpondo-se essa lógica voluntarista para o estudo do costume, verifica-se que, para cada Estado, seriam obrigatórias tão só as normas consuetudinárias por ele reconhecidas. Em contrapartida, nações recalcitrantes não se veriam vinculadas pelo direito internacional costumeiro. É por essa razão que, para autores como Duguit, a vontade estatal não pode ser encarada como fundamento suficiente do direito internacional: se o Estado é soberano, sua autolimitação voluntária não basta para obrigá-lo verdadeiramente nem, muito menos, para criar o direito⁸⁸.

Igualmente adepto do voluntarismo, mas promovendo-lhe sutis modificações, figura o jurista alemão Carl H. Triepel (1868-1946). Em sua obra *Direito internacional e direito interno (Völkerrecht und Landesrecht, 1899)*, ele reafirma o posicionamento de que a marca distintiva de toda regra jurídica é sua emanção de uma vontade superior. No direito interno, é certo que essa vontade coincide com a estatal. No direito internacional, contudo, não basta a vontade de um Estado singular: faz-se necessária a vontade comum (*Gemeinwille*) de várias nações, formada mediante a fusão de vontades individuais dotadas de mesmo conteúdo, numa

⁸³ VERDROSS, Alfred. Le fondement... p. 266.

⁸⁴ LE FUR, Louis. Règles générales du droit de la paix... p. 22-24.

⁸⁵ Ibid., p. 24. Sem embargo, Jellinek fala de um *jus supra partes*, composto de normas irrevogáveis, decorrentes não de atos jurídicos bilaterais *intra partes*, mas sim de declarações comuns, que conformariam uma convicção jurídica comum, válida para todos os Estados (STRUPP, Karl. Op. cit. p. 280-281).

⁸⁶ LE FUR, Louis. Règles générales du droit de la paix... p. 23-24.

⁸⁷ Ibid., p. 23-25. VERDROSS, Alfred. Le fondement... p. 266.

⁸⁸ LE FUR, Louis. Règles générales du droit de la paix... p. 76.

operação chamada *Vereinbarung*. Essa última é a que origina tanto as normas convencionais quanto as costumeiras, e, para o autor, importa estremá-la do *modus operandi* de um contrato, em que as declarações de vontade, embora apresentem um único objetivo, têm conteúdos opostos⁸⁹⁻⁹⁰. É evidente que, em essência, o ponto de partida de Triepel não muda com relação ao de Jellinek: trata-se da vontade estatal em ambos os casos, seja a de um Estado particular na doutrina original da autolimitação, seja a de uma pluralidade de Estados na tese da *Vereinbarung*. Krabbe atentou para a assunção equivocada desse conjunto de teorias: não é a vontade estatal que é superior ao direito; na verdade, ela pressupõe o direito⁹¹.

Como sublinha Paul Heilborn, um dos principais problemas da formulação triepeliana é que, embora a vontade coletiva seja a fonte última das normas internacionais, isso não obsta que as vontades particulares – matéria-prima da *Gemeinwille* – sejam vistas como atreladas a diferentes Estados; por conseguinte, o direito internacional persistiria dependente, ao fim e ao cabo, da manifestação voluntária de cada nação, que poderia retirar seu consentimento a

⁸⁹ BRIERLY, J. L. Op. cit. P. 484-485. Em seu curso da Haia, Triepel sintetiza seu pensamento com estas palavras: “[or] une règle juridique est le contenu d'une volonté supérieure aux volontés individuelles, manifestée en vue de limiter les sphères des volontés humaines qui lui sont soumises. La formation de la règle juridique est ainsi une déclaration de volonté, déclaration d'après laquelle quelque chose doit devenir un droit. Nous nommons source juridique la volonté dont la règle juridique dérive. Dans le droit interne la source de droit est en premier lieu la volonté de l'État lui-même. De même dans la sphère des relations entre États, la source de droit ne peut être qu'une volonté émanant d'États. Mais il est évident que cette volonté, qui doit être obligatoire pour une pluralité d'États, ne peut pas appartenir à un seul État. Ni la loi d'un État par elle seule, ni des lois concordantes de plusieurs États, n'ont qualité pour imposer aux membres égaux de la communauté internationale des règles obligatoires de conduite. Mais si la volonté d'aucun État particulier ne peut créer un droit international, on ne peut imaginer qu'une seule chose : c'est qu'une volonté commune, née de l'union de ces volontés particulières, se trouve capable de remplir cette tâche. Peut seule être source du droit international, une volonté commune de plusieurs ou de nombreux États. Nous regardons comme le moyen de constituer une telle unité de volontés la « Vereinbarung, » terme dont on se sert dans la doctrine allemande pour désigner les véritables unions de volontés, et les distinguer des « contrats » qui sont, d'après nous, des accords de plusieurs personnes pour des déclarations de volontés d'un contenu opposé. Nous trouvons cette « Vereinbarung » dans les traités par lesquels plusieurs États adoptent une règle qui doit régir leur conduite d'une façon permanente” (TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 1, p. 82-83, 1923). O autor emprega esse raciocínio como pressuposto para sua conclusão de que o direito interno e o direito internacional, por irradiarem de fontes distintas, consignam sistemas jurídicos apartados, como “dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se superpõem jamais”; eis a posição dualista a respeito da interação entre o direito interno e o direito internacional (ibid., p. 83; tradução livre).

⁹⁰ Nessa distinção entre um tratado ordinário, oriundo da *Vereinbarung*, e um contrato, Triepel entrevê a clássica dualidade entre tratados-leis e tratados-contratos. A propósito, Le Fur tece a seguinte crítica: “[quant] à la distinction entre les traités ordinaires (traités-contrats) et les traités-lois (*Vereinbarungen*), on peut admettre qu'il existe entre eux une différence de but — tantôt distinct pour chaque État, tantôt le même pour tous, — bien que ceci ait été souvent fort exagéré, mais en tout cas il n'existe pas de différence quant au fondement de l'obligation. Si l'obligation en droit international n'est fondée que sur la volonté de l'État souverain, et non pas sur le droit objectif, sur la bonne foi et le principe supérieur du respect des contrats, peu importe qu'elle soit conclue entre deux États seulement ou entre dix ou vingt; quel que soit le nombre d'États en jeu, si l'État n'est lié que par sa seule volonté, nous sommes toujours en présence d'une simple autolimitation; lorsque, les circonstances s'étant modifiées, l'intérêt de l'État aura changé, sa volonté peut changer aussi...” (LE FUR, Louis. Règles générales du droit de la paix... p. 32).

⁹¹ BOURQUIN, Maurice. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 35, p. 50, 1931-I.

qualquer tempo. Juristas como Dionisio Anzilotti (1867-1950) recusam-se a endossar semelhante conclusão, entretanto, no intuito de rechaçá-la, acabam recorrendo a uma cisão artificial entre a vontade geral e as vontades particulares: essas últimas, uma vez consagradas em acordos, autonomizar-se-iam sob a forma daquela primeira; vale dizer, num pacto – expresso ou tácito, sendo esse último equivalente ao costume –, um Estado encontrar-se-ia não só diante da própria vontade, que ele poderia revogar quando bem entendesse, mas também diante de uma vontade estrangeira, que ele próprio, sozinho, não poderia revogar⁹². A postura de Anzilotti é mais nuançada que a de Triepel: para ambos, o direito internacional é decorrência de acordos expressos ou tácitos, mas, consoante o primeiro estudioso, diferentemente do segundo, um *pactum tacitum* – e particularmente um costume – seria uma manifestação espontânea, quase inconsciente, de certas exigências da vida em sociedade⁹³.

Em seu curso lecionado na Haia, o italiano Arrigo Cavaglieri (1880-1935) aplicou as ideias de Triepel ao direito internacional costumeiro. Trilhando a senda do voluntarismo⁹⁴, o autor começa por explicar uma das consequências do pensamento triepeliano: ora, se as normas internacionais devem cingir seu alcance tão somente àqueles Estados que as houverem reconhecido, dá-se que, para cada regra específica, se constitui uma sociedade internacional particular, restrita às nações que tiverem consentido em observá-la; portanto, no limite, existirão tantas sociedades internacionais diferentes quantas forem as normas jurídicas correlatas, porém nunca haverá, consoante Triepel, uma sociedade internacional abrangendo indistintamente todos os Estados, porque é considerado impossível estabelecer princípios jurídicos derivados de um acordo universal⁹⁵. Cavaglieri discorda e, como argumento, invoca justamente a existência do costume internacional, que por vezes consagra um direito internacional geral. As normas consuetudinárias provêm, na visão do jurista italiano, de um *tacitum pactum*, sendo dispensável apurar se elas foram aceitas por cada um dos Estados existentes. Quando um novo ente estatal aparece no cenário internacional e é reconhecido por

⁹² HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 11, p. 19, 1926-I.

⁹³ BASDEVANT, Jules. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 58, p. 506, 1936-IV.

⁹⁴ “La souveraineté place les États dans une situation d’égalité juridique et rend possible, entre eux, ce rapport de coordination, sur la base duquel peut se former un système de règles fondées exclusivement sur le concours de leur volontés.

[...] Le droit international, il ne faut jamais l’oublier, résulte d’un ensemble de limitations volontaires, que les États ont acceptées, en liant d’une manière déterminée leur souveraineté, leur liberté d’action. Ces liens ne peuvent avoir que la portée reconnue par l’acceptation des États, parce que de celle-ci dépend entièrement leur force juridique.” (CAVAGLIERI, Arrigo. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 26, p. 321-322, 1929-I)

⁹⁵ Ibid., p. 323-324.

seus pares, presume-se que ele acata as regras costumeiras gerais em vigor, ou seja, o silêncio do novel Estado é interpretado como um consentimento implícito⁹⁶.

A complicação é que, para seguir fiel à abordagem voluntarista, Cavaglieri admite que, em certas situações, os Estados podem escapar à incidência de um costume geral. Na hipótese de um ente estatal recém-surgido, aventa-se que ele tem a faculdade: de decidir não fazer parte da sociedade internacional (possibilidade que, no entanto, é tida como extremamente remota); ou de, em cada matéria já regida pelo direito costumeiro, firmar tratados especiais com as demais nações, para afastar a aplicação das normas consuetudinárias de alcance geral. Outrossim, no caso de Estados cuja manifestação de vontade não contribuiu para a formação de determinado regime internacional – como, *e.g.*, países inicialmente sem litoral, mas que acabam ganhando acesso ao mar em momento posterior e, como decorrência, passam a submeter-se às normas do direito marítimo, outrora mormente costumeiras e hoje codificadas –, também lhes é possível substituir as regras consuetudinárias gerais por regras convencionais especiais⁹⁷. É de se constatar, por conseguinte, o enorme – embora compreensível – esforço que as perspectivas voluntaristas dispendem em retirar do costume internacional qualquer aptidão para obrigar um Estado contra sua vontade⁹⁸.

A fim de mitigar o espanto da conclusão de que, para os voluntaristas, um costume geral não necessariamente constrange todos os Estados, o alemão Karl Strupp (1886-1940), apesar de adepto da perspectiva da autolimitação, reconhece que existem certas normas costumeiras *universais*, que devem ser aceitas mesmo por Estados recém-surgidos. Essas regras refletiriam *standards* da vida internacional, e entre elas figurariam desde a *pacta sunt servanda* até o princípio da responsabilidade internacional. Costumes dessa natureza seriam protegidos por uma presunção irrefutável, de maneira que nenhuma nação poderia alegar que não está vinculada por eles. Ao lado dessas normas universais, no entanto, há o denominado direito comum, disposições de origem consuetudinária acolhidas por mais da metade dos

⁹⁶ Ibid., p. 336 e 338.

⁹⁷ Ibid., p. 337-338. No que concerne à questão dos novos Estados, Maurice Bourquin contesta Cavaglieri atentando para a seguinte dificuldade: [supposons] que, par aventure, un gouvernement consente à conclure un traité avec l'État nouveau sur un point déterminé de la réglementation coutumière, par exemple sur la question des privilèges et immunités diplomatiques. On est d'accord pour admettre que la conclusion d'un tel traité signifierait la reconnaissance de l'État nouveau et, quelle que soit la portée qu'on attribue à celle-ci, il est un fait incontesté, c'est que l'État reconnu fait partie de la communauté juridique internationale et se trouve nécessairement soumis au droit coutumier général de cette communauté. Ainsi, la conclusion d'un traité spécial relatif aux privilèges et immunités diplomatiques aurait pour effet *instantané* d'assujettir l'État nouveau à toutes les autres règles coutumières...” (BOURQUIN, Maurice. Op. cit. p. 65)

⁹⁸ Autores jusnaturalistas discordam frontalmente desse entendimento, frisando que, em regra e inclusive de acordo com a Corte Internacional de Justiça, um costume geral obriga mesmo os novos Estados, bem como aqueles que não participaram da elaboração das normas costumeiras (LAUTERPACHT, H. Op. cit. p. 63-64).

Estados e revestidas por uma presunção refutável: significa que, se determinado membro da sociedade internacional argumentar que uma dessas regras não se lhe aplica, deve ele provar sua tese⁹⁹.

Igualmente, Strupp é um dos juristas que mais elaboraram a ideia de que o costume internacional seria um *pactum tacitum*. Para ele, o uso – a prática reiterada, elemento do direito consuetudinário – expressa uma vontade, visto que a repetição de um ato não pode ser qualificada como uma reação instintiva, comparável às dos animais. Simultaneamente, a convicção na obrigatoriedade da conduta – aspecto subjetivo da norma costumeira – também está atrelada a uma declaração de vontade prévia: é que os Estados reconhecem que, em algum momento no passado, determinável ou não, seus órgãos competentes aceitaram uma regra que, hodiernamente, tem natureza consuetudinária; essa aceitação teria sido tácita, porém voluntária. O autor distingue, a propósito, entre um *pactum tacitum simplex* – um acordo perceptível, semelhante ao que resulta num tratado, mas que, em vez de escrito, é concluído por sinais (a exemplo de uma oferta de cessar-fogo, indicada pelo hasteio de uma bandeira branca) – e um *pactum tacitum qualificatum* – que é o subjacente a um costume internacional. Vale ressaltar que, segundo Strupp, esse último pacto teria caráter meramente declaratório, uma vez que, quando um Estado o invoca, a norma costumeira já se teria consolidado numa época pretérita incerta¹⁰⁰. Ainda, anote-se que, embora para esse autor o direito consuetudinário apresente feição contratual, seu entendimento se modificou com o tempo: em seu curso da Haia de 1934, Strupp não mais discute se haveria uma vontade estatal por detrás da criação do costume internacional; os Estados não criam intencionalmente as regras costumeiras; na realidade, o traço voluntário só estaria presente no momento da

⁹⁹ STRUPP, Karl. Op. cit. p. 309-312. “Certes, en cas de droit *commun*, une *praesumptio juris et de jure* serait incompatible avec l'idée qui est à la base du droit des gens, à savoir de considérer un État comme lié par une norme internationale à laquelle il n'aurait pas donné son consentement de plein gré et librement. Mais cette idée est conciliable avec cette autre que, si une norme est indubitablement valable pour un grand nombre d'États ayant l'*opinionem juris gentium*, on peut présumer du moins qu'elle est également en vigueur entre les autres États qu'on s'est accoutumé à considérer comme membres de la prétendue famille des nations. Ce n'est pas trop demander à un État qui conteste son obligation par une telle norme que d'exiger qu'il prouve qu'il n'est, en effet, pas lié par elle.” (Ibid., p. 311-312) Similarmente, na explicação de Michel Byers: “[however], explaining the basis for the applicability of pre-existing customary rules to new States might not be a serious problem, as there would appear to be an important difference between the act of joining the ‘club’ of law creators and subsequent participation in the processes of law creation. New States do both. They base arguments or otherwise rely on at least some rules of customary international law and thus indicate an acceptance of the process through which those rules have arisen, and, therefore, by extension, of existing generally applicable customary rules. Yet new States also acquire a place in the customary process and thus an opportunity to seek to change those rules which do not correspond to their interests” (BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules**: International Relations and Customary International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 145).

¹⁰⁰ Ibid., p. 302-305.

constatação de uma norma consuetudinária já existente; é por isso que o referido *pactum tacitum qualificatum* é estritamente declaratório e não constitutivo do costume¹⁰¹.

Comumente, a doutrina voluntarista é criticada por assentar-se em postulados insuscetíveis de demonstração jurídica, como a *pacta sunt servanda* ou a *Gemeinwille* de Triepel – e, nesse sentido, é cabível sustentar que ela não se diferencia fundamentalmente das teorias jusnaturalistas, com frequência atacadas por basearem-se em hipóteses abstratas¹⁰². Em resposta, os defensores da abordagem ora estudada tendem a recorrer ao método indutivo, buscando na experiência empírica a comprovação do caráter voluntário que eles atribuem às normas internacionais. Assim é que, *e.g.*, Strupp investiga, como precedentes constitutivos do direito consuetudinário, atos pelos quais os Estados manifestam suas intenções em suas relações uns com os outros¹⁰³; igualmente, a repetição de certas condutas, devido à regularidade assim produzida, é tida como um indício de que existe uma vontade por detrás dessa prática reiterada¹⁰⁴. Johan J. Moser, um dos precursores do positivismo jurídico, é outro jurista que se atém a uma rigorosa pesquisa documental¹⁰⁵. Mencionem-se, ainda, teóricos que entreveem a máxima da *pacta sunt servanda* não como um axioma, mas como uma verdade demonstrável; entre eles, figura Jean Ray (1884-1943), que se inclina fortemente ao emprego de uma metodologia historicista, servindo-se, em sua análise, de documentos jurisprudenciais e diplomáticos¹⁰⁶.

Seja como for, o fato é que a perspectiva voluntarista sobre o costume não tem encontrado muita guarida entre representantes estatais, tribunais internacionais e advogados, porque prevalece a concepção de que o direito consuetudinário, se geral, vincula mesmo aqueles Estados cujo consentimento não pode ser aferido, mas que tampouco exprimiram ativamente seu dissenso ou seu protesto¹⁰⁷. A título de curiosidade, comente-se que o presente acervo de teorias foi bem recebido por juristas soviéticos, como Grigory I. Tunkin (1906-1993), para quem, “uma vez que as normas costumeiras de direito internacional são resultado de um acordo entre Estados, sua esfera de ação é limitada às relações entre aqueles entes

¹⁰¹ BASDEVANT, Jules. Op. cit. p. 506.

¹⁰² “Sur le terrain coutumier, la situation se renverse. L'image d'un pacte ne se révèle plus ostensiblement, et pour la découvrir, il faut soumettre la réalité extérieure à un travail d'interprétation, incontestablement guidé par un postulat que l'on s'efforce de sauvegarder. Nous ne sommes plus en présence d'un donné immédiat, mais d'une construction rationnelle et largement hypothétique.” (BOURQUIN, Maurice. Op. cit. p. 62)

¹⁰³ BASDEVANT, Jules. Op. cit. p. 506

¹⁰⁴ STRUPP, Karl. Op. cit. p. 304.

¹⁰⁵ AGO, Roberto. Op. cit. p. 865-867.

¹⁰⁶ LE FUR, Louis. Règles générales du droit de la paix... p. 147-148.

¹⁰⁷ BISHOP, William W. General Course of Public International Law. *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, v. 115, p. 226, 1965-II.

estatais que as houverem aceitado”¹⁰⁸. Para esse autor, se se reconhecesse validade universal a um costume geral, existiria a possibilidade de que uma norma formulada por uma maioria específica de nações terminasse obrigando Estados fora desse grupo, contra sua vontade, em detrimento do princípio da igualdade soberana¹⁰⁹. Adicionalmente, Tunkin remarca que Estados recém-surgidos teriam o direito de não aderir a normas costumeiras concebidas pelas antigas nações¹¹⁰ – tese que é severamente criticada por Max Sørensen (1913-1981) em seu respectivo curso da Haia¹¹¹.

Uma resposta contundente aos desafios percebidos por Tunkin é de autoria de Christian Tomuschat. Em primeiro lugar, ele questiona se é adequado, no que tange ao costume, invocar o princípio da igualdade soberana como um de seus alicerces: afinal, a soberania estatal pode ter-se manifestado num estágio anterior, originário, para admitir que a criação de determinadas normas jurídicas prescindisse do consentimento dos sujeitos de direito internacional, pelo que uma regra concebida por uma maioria teria o condão de vincular uma minoria recalcitrante¹¹². Em segundo lugar, se se considerar que o valor da igualdade soberana deve ser respeitado o máximo possível, ainda assim uma norma costumeira proposta por um grupo majoritário poderia ser imposta contra a vontade de certos Estados, caso aquela maioria se revelasse representativa dos principais conjuntos de nações existentes, *i.e.*, se a prática fosse *efetivamente geral* e não específica desta ou daquela parte do mundo¹¹³. Nesse ponto, Tomuschat faz uma distinção entre a oposição promovida por um único Estado e a levada a cabo por um grupo de Estados: na primeira hipótese, não seria estranho afirmar que esse ente estatal isolado – *e.g.*, um Estado recém-surgido no plano internacional – estaria sujeito às regras consuetudinárias preexistentes¹¹⁴; já no segundo caso, contudo, nem sempre a norma costumeira obrigaria o referido conjunto de Estados opositores,

¹⁰⁸ Ibid., p. 225; tradução livre.

¹⁰⁹ TUNKIN, Grigory I. Coexistence and International Law. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 95, p. 19, 1958-III. “It is not necessary at all that ‘practice’ should be universal. A customary rule of international law may be created by the practice of a limited number of states and in fact it may become first a customary norm with a limited sphere of application. But to become a norm of international law of universal application it should be recognized by all States. [...] Of course a general recognition of a certain rule as a legal norm may be a good reason for assuming that this norm is universally recognized, but it is only a good reason for a presumption, not for a final conclusion.” (Ibid., p. 21)

¹¹⁰ BISHOP, William W. Op. cit. p. 226.

¹¹¹ SØRENSEN, Max. Principes de droit international public: cours général. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 101, p. 46, 1960-III.

¹¹² TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States Without or Against Their Will. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 241, p. 283, 1993.

¹¹³ Ibid., p. 291.

¹¹⁴ É importante salientar que Tomuschat rejeita a doutrina do objetor persistente, devido a suas dificuldades intrínsecas e ao fato de ela não ser aceita pacificamente entre os juristas (ibid., p. 284-290).

visto que “[it] is a different matter altogether to insist on the validity and legal force of rules shaped by the traditional powers with a view to furthering their own interests”¹¹⁵.

Outra crítica muito interessante endereçada ao voluntarismo também é formulada por Tomuschat. Ora, diz ele, mesmo que se possa compreender o consentimento como fundamento da obrigatoriedade das normas costumeiras, não se trataria de um consentimento totalmente livre e sim drasticamente limitado. É que no direito consuetudinário, ao contrário do que ocorre no direito convencional, inexistem procedimentos de revisão normativa, após a entrada em vigor das regras internacionais. O máximo que um Estado pode fazer é contestar a validade do um costume enquanto ele ainda está em processo de formação. Significa que, diferentemente do que se passa com um tratado, a aceitação dada a uma norma costumeira acaba equivalendo a uma armadilha, porque o livre-arbítrio inicial prende para sempre o ente estatal que consentiu. Uma vez vinculado, eternamente vinculado – e sem possibilidade de flexibilização, como se verifica no âmbito de uma convenção internacional¹¹⁶. A propósito, vale lembrar que, como apontado acima, até os escritores adeptos da teoria da autolimitação discutem se seria possível a retirada do consentimento por um Estado, para livrar-se de um costume internacional.

Talvez uma das poucas aplicações incontroversas da ótica voluntarista esteja na doutrina do objetor persistente, que será esmiuçada mais adiante nesta dissertação. Por ora, basta expor que, embora esse instituto tenha sido invocado apenas muito raramente na prática, resta claro que seus pressupostos derivam do voluntarismo: por ele, os sujeitos de direito internacional podem afastar a incidência de um costume se, desde a formação da norma, manifestarem sua objeção de forma expressa e contínua; vale dizer, se uma declaração de vontade tácita pode ser considerada um requisito para que o direito consuetudinário obrigue

¹¹⁵ Ibid., p. 308.

¹¹⁶ “Second, however, and even more importantly, consenting to a general standard of conduct, conferring on that standard the quality of a binding norm, means getting trapped by one’s own free will. Bound once — bound forever. There is no procedure of revision. Treaties today contain mostly some adjustment clauses, providing for a right of withdrawal or denunciation, setting forth that a review conference be held or even limiting the time-span during which the treaty shall be applicable. With regard to customary law, such formalized procedures do not exist. When a customary rule has come into being and a State is bound by it, the only escape mechanism available to it is to try to challenge the rule with the help of like-minded countries. The school which claims that only consent can bring about a customary rule does not differentiate according to the time factor. Consent given by France or England in the eighteenth or nineteenth century is deemed as effective and valid as consent given a week ago in view of a specific situation with clearly delineated features. In other words, at least the “established” States have become enmeshed in a continuously growing network of legal obligations since the inception of the régime of public international law, and the same applies to new States issued from decolonization at least since making their first appearance on the international stage. This network can be changed by a collective act of will of States. But no State can unilaterally leave that cage of golden rules.” (Ibid., p. 277-278)

um Estado, uma declaração de vontade explícita é necessária para desobrigá-lo¹¹⁷. Da mesma maneira, pode-se entender como minimamente voluntarista o processo contemporâneo de produção e de consolidação do direito internacional costumeiro: por ocorrer no âmbito de foros multilaterais institucionalizados de organizações internacionais, em conferências especializadas voltadas para a codificação e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional¹¹⁸, e visto que a elaboração das novas regras é cuidadosamente planejada, visando a orientar a construção de consensos entre os Estados envolvidos, é admissível interpretar que existiria uma vontade comum impulsionando e conduzindo essa atual modalidade de gênese do costume internacional.

Em solo pátrio, José Francisco Rezek¹¹⁹ e Valerio de Oliveira Mazzuoli¹²⁰ endossaram a abordagem voluntarista acerca do direito internacional consuetudinário como *pactum tacitum*.

2.1.2.2 Regras secundárias como fatos sociais

O jusfilósofo inglês Herbert L. A. Hart (1907-1992) é expoente de uma concepção indutiva acerca do costume internacional. Ao distinguir entre normas primárias – que se

¹¹⁷ CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Droit international et souveraineté des États: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 257, p. 92, 1996. CHARNEY, Jonathan I. The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 56, p. 1-24, 1986.

¹¹⁸ CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Op. cit. p. 150.

¹¹⁹ “De fato, o consentimento não há de ser necessariamente expresso. Nas relações internacionais, como nas interpessoais, é razoável admitir a concordância *tácita*, bem assim a validade, em certas circunstâncias, de uma *presunção* do consentimento. Eis por que a tese da oponibilidade de regras costumeiras a novos Estados só configura um disparate quando se pretenda sustentá-la à margem de qualquer argumento que os envolva, de algum modo, na formação de tais regras. Com efeito, Estados novos não surgem abruptamente do nada. O que neles há de novo, a rigor, é o governo independente. [...] Vale então aguardar a atitude do novo membro da sociedade internacional sobre alguns institutos de direito costumeiro. Pouco tempo basta, em regra, para que se possa presumir, em relação a quanto não tenha motivado oposição manifesta, o consentimento tácito.” (REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130; grifos no original)

¹²⁰ “Segundo entendemos, o costume internacional é formado por atos de consenso (entre Estados e organizações internacionais) e não propriamente de maneira espontânea.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Outrossim, quanto à incidência do direito internacional costumeiro sobre novos Estados, Mazzuoli posiciona-se: “[parece] viável atribuir aos novos Estados o direito de escolha sobre o cumprimento de um costume já formado quando este atenta contra seus ideais ou quando o mesmo não se encontra totalmente nítido, a não ser em relação àquelas regras imperativas de Direito Internacional geral que compõem o universo das normas de *jus cogens*” (ibid., p. 125). Sem embargo, sublinhe-se que não se adéqua de todo a sua postura aparentemente voluntarista seu rechaço à doutrina do objeto persistente, e nesse ponto o jurista brasileiro filia-se aos ensinamentos de Antonio Cassese: “[evidentemente] que tal doutrina não tem razão de ser, além de se basear em uma falsa e superada ideia, uma vez que o entendimento atual é no sentido de não necessitar o costume, para a sua formação, do consentimento *unânime* dos Estados-membros da sociedade internacional. O que se requer – como explica Cassese – é que um certo comportamento esteja difuso dentre a *maioria* dos sujeitos internacionais, entendendo esses últimos que tal comportamento seja juridicamente obrigatório” (loc. cit.; grifos no original).

referem ao direito propriamente dito, regulador de condutas – e secundárias – que são chamadas regras de reconhecimento, porque determinam os critérios de validade das outras¹²¹ –, o autor esclarece que essas últimas, ao contrário das primeiras, que nelas se fundam, prescindem de fundamento normativo: as regras de reconhecimento não podem ser qualificadas como válidas nem como inválidas e sim tão somente são aceitas como apropriadas aos fins a que se destinam. Para Hart, as questões da existência e do conteúdo das normas secundárias são questões de fato: respondê-las demanda que se investiguem a realidade empírica e o funcionamento do direito¹²².

É verdade que, para o autor, o direito internacional, devido a sua estrutura institucional incipiente e a um sistema descentralizado de sanções, assemelha-se a um direito primitivo, composto exclusivamente de regras primárias independentes entre si – em lugar de unificadas por uma norma fundamental¹²³. Nesse ponto, Hart diverge de Kelsen, pois não enxerga a unidade – decorrente de uma *Grundnorm* no topo da pirâmide – como um atributo necessário de todo e qualquer sistema jurídico¹²⁴. Como resultado, muito embora desprovido de regras de reconhecimento, o direito internacional, com seu conjunto de normas primárias independentes, não poderia ser tachado de não jurídico ou de inválido: sua validade restaria

¹²¹ Há outras regras secundárias além das de reconhecimento; são elas: as de mudança, que dispõem sobre o nascimento, sobre a modificação e sobre a extinção das normas primárias; e as de adjudicação, que lidam com a aplicação de normas gerais a situações concretas, bem como com a determinação de sanções (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 92-93).

¹²² *Ibid.*, p. 105-107.

¹²³ “O Direito Internacional apresenta-nos o caso oposto. Isto porque, embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos a utilização aqui da expressão ‘direito’, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem inspirado desconfianças, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. A ausência destas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando a descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumámos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido. É na verdade sustentável, como iremos mostrar, que o direito internacional não só não dispõe de regras secundárias de alteração e de julgamento que criem um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as ‘fonte’ do direito e que estabeleça critérios gerais de identificação das suas regras.” (*Ibid.*, p. 230)

¹²⁴ “Porque é seguramente concebível (e talvez tenha frequentemente sido o caso) que uma sociedade possa viver com regras que imponham obrigações aos seus membros de forma ‘vinculativa’, mesmo que elas sejam encaradas simplesmente como um conjunto de regras independentes, não unificadas por nenhuma regra mais fundamental, nem derivando desta a sua validade. [...] [Se] as regras forem de facto aceites como padrões de conduta e apoiadas em formas apropriadas de pressão social distintas das regras obrigatórias, nada mais se exige para mostrar que são regras vinculativas.

“[...] No caso mais simples, nos podemos perguntar: ‘De que disposição última do sistema derivam as regras independentes a sua validade ou ‘força vinculativa’?’ Porque não há tal disposição e não é necessária nenhuma. É, por isso, um erro supor que a regra fundamental ou regra de reconhecimento é uma condição geralmente necessária da existência de regras de obrigação ou de regras ‘vinculativas’. Isto não é uma necessidade, mas um luxo, encontrado em sistemas sociais avançados, cujos membros não só chegam a aceitar regras independentes caso a caso, mas estão vinculados a aceitar antecipadamente categorias gerais de regras delimitadas por critérios gerais de validade.” (*Ibid.*, p. 250-251)

comprovada indutivamente pela experiência, visto que ele é aceito pela sociedade internacional e gera efeitos sobre ela.

Em seu livro *Rethinking the Sources of International Law*, G. J. H. van Hoof emprega a teoria de Hart para estudar as fontes do direito internacional, mas, diferentemente do jusfilósofo inglês, não está convencido de que, na ordem jurídica internacional, estão ausentes regras de reconhecimento. Para van Hoof, é o consentimento dos Estados que deve ser compreendido como elemento constitutivo – *i.e.*, regra secundária – das normas internacionais, e é a partir desse prisma que ele procede a um exame minucioso dos tratados, do costume, dos princípios gerais e de outras fontes do direito internacional¹²⁵. A conclusão é simplista, decerto, e pouco inova em relação à clássica perspectiva voluntarista acerca do direito internacional. Sem embargo, o autor colhe o mérito de ilustrar a aplicação do método indutivo, já que se empenha em buscar e em interpretar várias evidências empíricas no intuito de corroborar sua tese – como quando, por exemplo, tenta identificar expressões de consentimento em pronunciamentos estatais.

Por seu turno, Anthony D'Amato apoia-se em Hart para sustentar que, por consenso geral, os Estados teriam aceitado regras secundárias acerca da produção e do desenvolvimento do direito internacional consuetudinário¹²⁶. Esse consenso geral teria sido atingido em função da própria prática dos entes estatais, que recorrentemente se valem de normas costumeiras primárias – *i.e.*, substantivas e não meramente procedimentais – em seus argumentos jurídicos, ou então as invocam em seus pleitos¹²⁷. O problema é que, ao que parece, para D'Amato, as normas secundárias (*in casu*, referentes ao processo nomogénico consuetudinário) não são o fundamento último do sistema jurídico internacional, uma vez que sua adoção dependeu, originalmente, do consenso geral dos Estados. Desse modo, é possível interpretar que, de acordo com esse autor, é exatamente o consenso geral a regra secundária fundamental do direito internacional – pelo que talvez seja mais sensato aproximar sua teoria das perspectivas voluntaristas vistas na seção 2.1.2.1.

Em suma, as perspectivas teóricas indutivas, do voluntarismo ao pensamento de Hart e de seus seguidores, buscam a correspondência com a realidade empírica, *i.e.*, com os fatos da vida internacional.

¹²⁵ HOOF, G. J. H. van. **Rethinking the Sources of International Law**. Deventer (The Netherlands): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.

¹²⁶ D'AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law**. New York: Cornell University Press, 1971. p. 41-44.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 191.

2.1.3 Outras teorias

Algumas das teorias sobre os fundamentos do direito internacional costumeiro não se qualificam nem como puramente dedutivas, nem como exclusivamente indutivas, consoante se verá a seguir. Por isso se lhes destina esta seção à parte. Reconhece-se que, entre as óticas enumeradas abaixo, há aquelas que mais concernem ao costume doméstico, como a Escola Histórica e o pensamento de François Géný, mas mesmo essas são, não raro, comentadas por juristas do DIP¹²⁸.

2.1.3.1 A Escola Histórica

Além do positivismo jurídico, outra das reações ao jusnaturalismo consistiu no historicismo. Insurgindo-se contra a Escola do Direito Natural devido a seu racionalismo exagerado, consubstanciado em sua preferência por abstrações metafísicas e em seu desdém pelo contexto histórico e pelos fatos concretos, os historicistas defendiam a importância da história e uma visão evolutiva do direito. A Escola Histórica encontrou inspiração em autores como Edmund Burke (1729-1797), em sua obra *Reflexões sobre a Revolução Francesa* (1790), Friedrich W. J. von Schelling (1775-1854), com suas ideias de “alma do mundo” (*Weltseele*) e de “alma do povo” (*Volksseele*), e Hegel, com sua filosofia da história. Em solo alemão, os pensadores dessa escola chegaram a interagir com o Romantismo literário e com o movimento pela construção de um Estado-nação unificado¹²⁹.

Na seara jurídica, a Escola Histórica teve como expoentes Gustav Hugo (1764-1844) – que compreendia o direito como fenômeno histórico, proveniente da cultura de cada povo –, Friedrich C. von Savigny (1779-1861) – refratário a qualquer codificação das normas jurídicas, visto que, para ele, uma lei escrita engessaria o processo evolutivo do direito, que emana sobretudo do costume, expressão imediata da consciência jurídica popular – e seu discípulo Georg F. Puchta – que, na obra *O direito consuetudinário* (*Das gewohnheitsrecht*, 1828), sustentou a tese do surgimento das normas jurídicas a partir do espírito do povo, que se manifesta sob a forma das palavras dos juristas, em particular, e das convicções e das práticas populares, em geral¹³⁰. Opta-se por concentrar a presente exposição no pensamento de Savigny, tido como representativo do ideário historicista.

¹²⁸ Martti Koskenniemi lista autores como Paul Guggenheim, Charles Rousseau e Anthony D’Amato, entre outros (KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 415-416).

¹²⁹ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume internacional: gênese do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49-50.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 51-52.

Para Savigny, o direito não provém pura e simplesmente do legislador; sua origem reside principalmente na vontade popular, que dimana do chamado *Volksgeist* (espírito do povo). Conforme a Escola Histórica, todo povo tem um espírito ou uma alma própria, passível de ser sentida desde o campo da moral até o do direito. Esse último, antes de ser uma criação legislativa, deriva de uma elaboração espontânea, instintiva, quase que inconsciente, sendo que apenas num último estágio – o da maturação jurídica – há a interferência dos juristas. Com efeito, as únicas normas jurídicas verdadeiramente oriundas do *Volksgeist* são as costumeiras, que se desenvolvem ao longo de um processo histórico paulatino e que recebem a chancela da consciência popular. A legislação nada mais é do que um reflexo do costume preexistente, e as leis desempenham função secundária e não primária¹³¹.

É difícil enquadrar o método da Escola Histórica no dedutivo ou no indutivo. Já que o historicismo apareceu em função das críticas dirigidas ao racionalismo jusnaturalista, caracterizado por, via dedução, extrair conclusões de abstrações apriorísticas, a expectativa era que a Escola Histórica adotasse fortemente um viés indutivo. De fato, à primeira vista, tendo-se em conta que essa perspectiva confere maior relevância ao contexto histórico e atribui um sentido evolutivo ao direito, pode-se pensar que, nela, há clara valorização da indução e dos dados empíricos. Não obstante, também cabe entrever um aspecto dedutivo nesse rol de teorias: afinal, a noção de *Volksgeist*, espírito do povo, acaba assumindo um ar metafísico, porque não é apurada empiricamente e sim, nos termos do próprio historicismo, *sentida*, sem falar que sua influência sobre o direito é meramente inconsciente e, destarte, insuscetível de análise concreta. Isso significa que, apesar da importância que essa ótica concede à história, ao fim e ao cabo ela se resume a uma série de afirmações deduzidas de um fundamento que parece tão abstrato quanto os do jusnaturalismo, qual seja, a ideia de *Volksgeist*¹³².

Várias conclusões da Escola Histórica foram alvo de críticas. Em primeiro lugar, é sabido que sua rejeição da codificação do direito não passou pelo crivo da própria história

¹³¹ Ibid., p. 52-54.

¹³² “Savigny crê no *Volksgeist* assim como Rousseau crê na *volonté générale*; um, porém, reduz o seu impulso romântico ao esquematismo lógico de um contrato, logicizando como bom racionalista, segundo as exigências do cartesianismo que é uma feição característica do pensamento francês; o outro, com essa coloração religiosa da qual os alemães sentem necessidade até mesmo quando praticam irreligiosidades, concebe o espírito do povo como uma fonte misteriosa de preceitos e de normas, na espontaneidade irracional das forças obscuras e silenciosas. Um arranca tudo de si mesmo e se transforma na voz da Revolução; o outro, na aurora do evolucionismo, ainda não influenciado por Darwin e pelos esquemas frios da ciência positiva do século XIX, vê o Direito brotar do espírito popular traduzindo os imponderáveis de cada religião e de cada estirpe. Ambos, entretanto, românticos.” (REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 52-53)

européia, já que, especialmente após o período napoleônico, os esforços codificadores se disseminaram praticamente por toda parte¹³³. Em segundo lugar, a lentidão com que um costume surgiria e se sedimentaria – o que também era um dos apontamentos do historicismo – recebeu a reprovação de Jhering, que tachou esse fenômeno de “processo sonâmbulo” do direito¹³⁴. Em terceiro lugar, François Géný argumentava que, apesar dos muitos méritos da Escola Histórica, ela teria ido longe demais em seu idealismo e em seu desejo de sistematização teórica, ao tentar explicar a ordem jurídica positiva em sua totalidade por meio da ideia um pouco mística de consciência coletiva¹³⁵. Por fim, Tomuschat observa que a lógica do *Volkgeist* só muito remotamente se prestaria a explicar o costume internacional; é que, segundo a corrente de Savigny, cada povo, devido a suas características, daria origem a um conjunto independente de normas, que refletiria suas peculiaridades e que o diferenciaria de outros povos; ora, conquanto se verifiquem, na concepção de Tomuschat, valores comuns na comunidade internacional, eles não denotariam a singularidade desta ou daquela coletividade humana e sim consagrariam princípios prestigiados pela humanidade como um todo¹³⁶.

No Brasil, o entendimento de Savigny acerca do costume foi acolhido por Hildebrando P. P. Accioly (1888-1962)¹³⁷.

2.1.3.2 O costume como necessidade social seguida de prática constante

O jurista francês François Géný (1861-1959) enunciou suas reflexões sobre o costume na obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899). Seu ideário apresenta uma faceta mais dedutiva e outra mais indutiva. A primeira reside em suas assunções acerca da força do costume jurídico, que, para ele, advém da natureza das coisas e da necessidade social. Ao eleger como pressupostos esse sentimento natural e um reconhecimento espontâneo dos interesses da sociedade, o autor vê-se compelido a distanciar-se da realidade objetiva para, à guisa de uma hipótese científica, relacionar o direito consuetudinário com princípios abstratos¹³⁸.

¹³³ “[A] Escola Histórica, como interpretação romântica da vida jurídica, foi posta de lado e a quase unanimidade das Nações reconheceu a vantagem das codificações, ao mesmo tempo em que a orientação científico-positiva da Escola se impunha universalmente.” (Ibid., p. 87)

¹³⁴ Ibid., p. 48.

¹³⁵ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Op. cit. p. 69.

¹³⁶ TOMUSCHAT, Christian. Op. cit. p. 290.

¹³⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

¹³⁸ Ibid., p. 69-70.

Há também, contudo, uma parte do pensamento de Gény que é passível de aferição pela experiência empírica. É que, para ele, a constituição das normas costumeiras exige, primeiramente, uma série de atos repetidos, consignando uma prática constante. É essencial que seja satisfeito o requisito da publicidade: as condutas que compoem o costume devem ser notórias à sociedade, para que se possa deduzir o consentimento dos interessados. Esse substrato fático é necessário, mas não suficiente: é indispensável, adicionalmente, um elemento psicológico, o que significa que a referida prática constante há de ostentar um caráter de necessidade jurídica, de modo que possa ser imposta mediante uma sanção pública, se for o caso. Esse aspecto subjetivo do direito consuetudinário é chamado *opinio juris sive necessitatis*, e Gény é tido como um dos primeiros escritores moderno a usar a expressão¹³⁹.

Para finalizar, assinale-se que o jurista francês imputa ao costume autoridade similar à da lei. Dessa maneira, na existência de conflito entre a norma costumeira e a positivada, Gény inicialmente propugna que deve prevalecer a mais recente, pelo que um costume poderia derogar, por desuso, uma legislação prévia. Não obstante, mais adiante em sua obra, esse entendimento é revisto: defende-se que todo direito consuetudinário contrário a uma lei escrita deve ser rechaçado – mesmo que essa solução esteja em desacordo lógico com as premissas em que o autor fundou, anteriormente, a força obrigatória do costume¹⁴⁰.

2.1.3.3 O costume internacional como direito espontâneo

Nos últimos capítulos de seu curso da Haia de 1956, o italiano Roberto Ago elenca uma série de críticas a certos pressupostos das teorias clássicas sobre os fundamentos do direito internacional, em particular o positivismo jurídico e seu legado. O primeiro aspecto a ser problematizado diz respeito ao próprio teor da Ciência Jurídica e a seus objetivos. De início, propõe Ago, é preciso rejeitar a concepção de que essa ciência se diferencia das demais por ser normativa – e nesse ponto constata-se um questionamento ao raciocínio de Kelsen. Conforme esse último, a Ciência Jurídica, ao definir o direito positivo como um sistema de normas válidas, não seria menos empírica do que as ciências naturais, uma vez que sua matéria-prima é fornecida pela experiência e não pela metafísica; porém, para Kelsen, há uma diferença importante: as proposições referentes às conexões entre as normas e a ordem jurídica exprimiriam um dever-ser e não um ser. Eis aí, segundo Ago, a principal causa das contradições da tese kelseniana¹⁴¹.

¹³⁹ Ibid., p. 64, 66 e 70-71.

¹⁴⁰ Ibid., p. 71-72.

¹⁴¹ AGO, Roberto. Op. cit. p. 916-919.

O jurista italiano, ao contrário do austríaco, compreende que, quando a Ciência Jurídica estabelece a existência de uma norma dentro de um sistema, ela na verdade está afirmando um ser e não um dever-ser. É que o dever-ser consiste em elemento intrínseco da norma estudada, mas não em juízo que a Ciência do Direito emite, externamente, a seu respeito. Consoante Ago, o dever-ser contido na norma não pode ser o objeto de exame da Ciência Jurídica e sim a própria norma. Feitas essas considerações, o jurista italiano põe-se a repensar a noção de “jurídico”, visando a afastar-se da concepção juspositivista. Sabe-se que, com o positivismo jurídico, a juridicidade deixou de ser qualificada como um elemento interno da norma jurídica e passou a ser o reflexo do fato que a criou, via procedimento determinado: de então em diante, o direito viu-se definido como produto da vontade estatal. Ago contesta essa conceituação e concebe uma alternativa: o caráter jurídico não advém da premissa de que uma autoridade assim desejou e ordenou; uma norma caracteriza-se, isto sim, por externar um juízo afirmativo ou negativo sobre dado contexto fático e, ainda, por conferir a uma generalidade de sujeitos situações subjetivas, além de garantias para assegurá-las, em coordenação com outras normas do sistema. Uma norma será jurídica se se enquadrar dentro desses critérios objetivos¹⁴².

Segundo Ago, existem juízos de formação espontânea, como os do direito costumeiro, e outros gestados artificialmente, mediante procedimentos expressamente previstos na ordem jurídica. Para as normas do primeiro tipo, é exercício fútil tentar desvelar os fatos normativos ou as fontes que as criaram, porém isso não significa que elas não existem juridicamente; certamente há causas sociológicas e históricas por detrás do nascimento das regras espontâneas, mas essas são questões que transcendem o objeto da Ciência Jurídica; no que concerne a elas, é preferível pôr de lado a pesquisa das fontes. Quanto aos juízos que emergem de fatos normativos, sua existência pode ser atestada de duas maneiras. A primeira refere-se à efetividade da norma sob análise, cabendo constatar se os membros da sociedade têm consciência de que ela deve ser observada. O segundo meio consiste em apurar se a norma foi produzida respeitando as formas e os procedimentos preestabelecidos, ou seja, se foi gerada por uma fonte formal. Já a existência de uma norma espontânea só pode ser provada pelo primeiro método – vale dizer, deve-se investigar se ela produz efeitos jurídicos. Via indução, há de se colherem manifestações exteriores que sinalizem uma consciência compartilhada a respeito da norma. Afinal, esse tipo de regra tem sua origem exatamente na subjetividade dos entes sociais, todavia atente-se que todas as normas, mesmo as leis escritas,

¹⁴² Ibid., p. 919-927.

estão presentes na consciência individual. A diferença entre as regras espontâneas, consuetudinárias, e as demais é que essas últimas, além de reveladas na mente dos associados, se exteriorizam de formas diversas daquelas representadas por condutas ou por declarações dos entes sociais¹⁴³. Em suma, para Ago, o direito costumeiro distingue-se do positivado exatamente pela ausência de uma fonte formal.

A teoria do jurista italiano foi criticada por Francesco Capotorti em seu respectivo curso da Haia. Para ele, é mais conveniente para a Ciência do Direito que as normas consuetudinárias continuem adaptadas ao modelo tradicional, que as considera oriundas de uma fonte jurídica, em vez de provenientes de um processo normativo espontâneo¹⁴⁴. Nesse aspecto, Capotorti filia-se ao entendimento de Morelli, para quem, como o direito internacional prevê o costume como um fato capaz de produzir normas jurídicas, a fonte costumeira deve ser tida como verdadeira fonte das regras internacionais. Para Morelli, a única norma que não teria uma fonte no sentido formal seria a norma fundamental acerca da produção normativa; dela dependeria a juridicidade de todas as outras regras do direito internacional. Conforme esse pensamento, a *pacta sunt servanda* teria natureza consuetudinária, mas não seria a norma de base: como se trata de um costume, e como o próprio costume é uma fonte normativa, ela deve ser precedida por outra norma, que Morelli enuncia sob a fórmula “*consuetudo est servanda*”¹⁴⁵.

Por fim, para além das críticas de Capotorti e de Morelli, assinala-se que a perspectiva de Ago do costume internacional como direito espontâneo não se ajusta muito bem ao processo hodierno de formação das regras costumeiras – já apresentado mais acima –, que se desenrola no seio de organizações internacionais, em conferências especializadas dedicadas à codificação e ao desenvolvimento progressivo do direito internacional¹⁴⁶. É que esse modo de

¹⁴³ Ibid., p. 929-933.

¹⁴⁴ CAPOTORTI, Francesco. Cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 248, p. 127, 1994-IV.

¹⁴⁵ Sem embargo, Capotorti não endossa a estrutura piramidal sugerida por Morelli, em que no topo figuraria a *consuetudo est servanda*, e em seguida os costumes, entre eles a *pacta sunt servanda*, e por fim os tratados: “[nous] ne sommes pas d'accord avec la reconstruction faite par Morelli du système des sources internationales. Nous préférons adopter un point de vue qui nous semble être plus fidèle à la réalité d'ensemble du droit international, et donc nous pensons que la structure de ce droit est supportée par un certain nombre de principes fondamentaux. Ces principes peuvent aussi être définis comme des principes constitutionnels, si l'on veut dire que leur origine coïncide avec le moment logique de la formation (c'est-à-dire de la constitution) d'un ordre juridique de la communauté internationale. Ils n'ont pas été introduits, à notre avis, d'une source au sens formel, mais ils constituent le reflet immédiat de la structure de la société internationale, et donc la traduction en termes contraignants de ses caractères permanents. Dans leur nombre on comprend les principes relatifs aux sources traditionnelles de l'ordre international et, à la fois, les principes qui déterminent la personnalité et l'organisation des entités qui en sont les destinataires, accompagnés de ceux qui décrivent les caractéristiques de ces entités” (ibid., p. 113-114).

¹⁴⁶ CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Op. cit. p. 150.

produção normativa, tão bem-ordenado, é mais acuradamente descrito como consciente e não como espontâneo.

2.1.3.4 O costume internacional à luz de um novo *jus gentium*

Ao dissertar sobre o costume internacional na contemporaneidade, o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, inspirando-se em seu diagnóstico de que o direito internacional do presente estaria evoluindo na direção de um novo *jus gentium*, comprometido com ideais de justiça, tece um panorama mais complexo do que o dicotômico tradicional, entre método dedutivo e indutivo. O autor mostra-se prudente ao atentar que, de um lado, uma investigação empírica da prática dos Estados, realizada via indução, não deve necessariamente ser associada ao voluntarismo positivista e, de outro, o emprego de deduções não implica uma filiação automática às correntes jusnaturalistas¹⁴⁷.

Ademais, além de não considerar-se voluntarista nem jusnaturalista, Cançado Trindade, em suas reflexões acerca do direito internacional consuetudinário – as quais, importa enfatizar, não chegam a originar uma teoria propriamente dita –, vale-se de um amálgama metodológico, simultaneamente indutivo e dedutivo. Indutivamente, o jurista brasileiro observa atentamente as mudanças recentes ocorridas na seara do costume internacional – como, por exemplo, a significativa contribuição de tratados multilaterais e de resoluções de organizações internacionais: semelhante multilateralização teria conferido peso maior ao consenso no processo de formação das normas costumeiras, em detrimento da necessidade de aferir-se o consentimento individual de cada Estado, como pretendiam certas versões do voluntarismo positivista¹⁴⁸. Paralelamente, o autor tampouco se esquivava de uma abordagem mais dedutiva, tendo em mira determinados valores que a sociedade internacional há de perseguir e que servem de parâmetro para avaliar a realidade concreta. Especificamente em seu artigo sobre o direito internacional costumeiro, Cançado Trindade preocupa-se com o ideal da redução das disparidades de poder entre os Estados. Segundo o jurista brasileiro, essa transformação já estaria em curso, porque, devido à maior importância atribuída ao consenso e a foros virtualmente democráticos, como a Assembleia Geral das Nações Unidas, na produção do costume internacional, a gestação e o desenvolvimento do direito internacional consuetudinário – outrora processos excessivamente desiguais, em que alguns Estados eram

¹⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflections on International Law-Making: Customary International Law and the Reconstruction of *Jus Gentium*. In: _____. **O direito internacional em um mundo em transformação**: ensaios, 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 89.

¹⁴⁸ Ibid., p. 83-85.

decisivamente mais influentes do que outros –, estariam tornando-se minimamente mais paritários¹⁴⁹. Nesse sentido, tanto a experiência concreta quanto valores abstratos servem de substrato ao pensamento de Cançado Trindade.

2.1.4 Os fundamentos do costume na jurisprudência internacional

Na jurisprudência internacional, uma das raras e famigeradas alusões aos fundamentos do costume internacional pode ser identificada no caso *Lotus*, cuja sentença foi prolatada pela CPJI em 07 de setembro de 1927. Os fatos apreciados pela Corte eram os seguintes: uma colisão ocorrida em alto-mar entre o navio a vapor francês *Lotus* e a embarcação turca *Boz-Court* resultara na morte de oito marinheiros e passageiros turcos; após a chegada do *Lotus* a Istambul, a Turquia deflagrara investigações penais tanto contra o capitão do navio de sua bandeira quanto contra o capitão francês¹⁵⁰. Destarte, por entender que os fatos sucedidos em alto-mar a bordo de um navio comercial só são passíveis de julgamento criminal, a princípio, pelos tribunais do Estado do pavilhão dessa embarcação¹⁵¹, a França acionou a CPJI.

Muito embora o cerne da questão se referisse à jurisdição territorial, em matéria penal, de determinado Estado, a Corte assentou – em parágrafo que, nos termos de Carrillo-Salcedo, se transformou na “bíblia do voluntarismo positivista”¹⁵² – que:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore **emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law** and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims¹⁵³.

Por restar afirmado, ainda que meramente em *obiter dictum*, que as normas internacionais emanam da vontade dos Estados, assumindo a forma de convenções ou de costumes, boa parte da doutrina entendeu que, com as palavras supracitadas, a CPJI teria adotado um posicionamento voluntarista acerca do direito internacional costumeiro¹⁵⁴.

¹⁴⁹ “Multilateralism and consensus have come to be regarded by many States as factors which, to some extent, compensate for the inequalities of power at international level. In favouring the development of standards of international behaviour, such resolutions have contributed to shape customary international law.” (Ibid., p. 82-83)

¹⁵⁰ PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 5.

¹⁵¹ Ibid., p. 9.

¹⁵² CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Op. cit. p. 77; tradução livre.

¹⁵³ PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 18.

¹⁵⁴ V., por exemplo: CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Op. cit. p. 76-77; BASDEVANT, Jules. Op. cit. p. 517. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment**. In: _____. **O direito internacional em um mundo em transformação**: ensaios, 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188.

Reforça essa conclusão o fato de que um dos principais redatores da sentença foi Anzilotti¹⁵⁵, seguidor da teoria da autolimitação, como exposto acima. Sem embargo, como ressalta Alain Pellet, apesar de o texto jurisprudencial não oferecer muita margem para interpretações não voluntaristas, cabe sustentar que, se, por um lado, é verdade que a Corte estabeleceu que as regras internacionais decorrem do consentimento estatal, por outro, ela jamais disse que, em toda e qualquer situação, seria sempre e exclusivamente assim¹⁵⁶. Igualmente, Pellet observa que, mesmo se se identificasse um voluntarismo puro na referida sentença, os próprios termos usados pela CPJI limitariam o alcance dessa visão – por exemplo, quando ela menciona “des usages acceptés *généralement* comme consacrant des principes de droit”, ocasião em que vale frisar a distinção entre generalidade e unanimidade, ou seja, *nem todos* os Estados precisariam aceitar a norma costumeira para que ela os vinculasse¹⁵⁷.

A despeito da polêmica suscitada por esse suposto viés voluntarista do caso *Lotus*, não se pode ignorar que esse julgado mostra-se relativamente isolado em meio à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, sucessora da CPJI. As decisões que leem o precedente de 1927 como voluntarista são exceções¹⁵⁸, mesmo porque a CIJ raramente o cita, em deferência ao princípio *jura novit curia*¹⁵⁹ e, no que concerne ao costume internacional, por preferir reportar-se a seus elementos constitutivos, conforme as considerações enunciadas no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*, de 1969¹⁶⁰. Com efeito, nesse último julgado, depois de rejeitar a proposição de que o princípio da equidistância, para fins de delimitação da plataforma continental entre Estados adjacentes, seria uma decorrência necessária da própria doutrina acerca da plataforma continental, a Corte pôs-se a examinar se o art. 6º da Convenção de Genebra de 1958 sobre o assunto teria cristalizado uma norma de direito consuetudinário. Nessa oportunidade, a CIJ pronunciou-se no sentido de que uma regra de direito internacional geral – *in casu*, um costume geral – estende-se a todos os Estados automática e independentemente de qualquer assentimento específico, direto ou indireto¹⁶¹. Outrossim, como sublinha Tomuschat, o argumento mais decisivo contra a exigência de que

¹⁵⁵ PELLET, Alain. Lotus que de sottises on profère en ton nom! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour Mondiale. In: _____. **L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui**, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet. Paris: Pedone, 2008. p. 216.

¹⁵⁶ Ibid., p. 217.

¹⁵⁷ Ibid., p. 222.

¹⁵⁸ ICJ. **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**, Judgment of 14 February 2002, p. 3.

¹⁵⁹ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 24, § 29.

¹⁶⁰ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 43-44.

¹⁶¹ Ibid., p. 28, § 37.

se verifique o consentimento dado a uma norma consuetudinária por cada um dos membros da sociedade internacional é que, no *caso Plataforma continental do Mar do Norte*, a Corte da Haia prosseguiu em sua investigação acerca da existência de uma regra costumeira oponível à Alemanha mesmo após concluir que o governo alemão nunca concordara com o teor do art. 6º da Convenção de Genebra de 1958¹⁶². O mesmo autor aponta que, em diversos julgados, a CIJ determinou que o direito consuetudinário, como expressão do direito internacional geral, obriga todos os Estados independentemente do consentimento¹⁶³ – e essa universalidade jamais poderia ser concebida se efetivamente cada Estado tivesse de aceitar uma norma costumeira emergente como condição de ver-se obrigado por ela¹⁶⁴.

Paralelamente, Martti Koskenniemi pondera que, em alguns julgados da Corte da Haia, o costume internacional – ou, mais acuradamente, um rol de normas que podem ser encaradas como integrantes do costume internacional – parece aproximar-se do direito natural¹⁶⁵. Nesse sentido, em casos como *Canal de Corfu* (1949) e *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986), a CIJ aludiu a “certain general and well-recognized principles”¹⁶⁶, como, por exemplo, considerações elementares de humanidade, liberdade de comunicação dos mares, a obrigação de cada Estado de não permitir que seu território seja usado para a prática de atos contrários aos direitos de outros Estados¹⁶⁷ e, por fim, valores fundamentais de Direito Internacional Humanitário¹⁶⁸. Koskenniemi admite que é impossível saber ao certo se a Corte da Haia, ao referir-se a essas normas, tinha em mente classificá-las como costumeiras, como princípios gerais de direito ou como uma terceira categoria não prevista na doutrina clássica sobre as fontes do direito internacional. De qualquer maneira, é de se observar que, embora a CIJ se tenha furtado a designar esses

¹⁶² TOMUSCHAT, Christian. Op. cit. p. 281.

¹⁶³ ICJ. **Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)**, Judgment of 24 February 1982, p. 74; ICJ. **Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)**, Judgment of 12 October 1984, p. 299; ICJ. **Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)**, Judgment of 22 December 1986, p. 565-566.

¹⁶⁴ “If one takes that requirement seriously and not only as a fictitious legal construction, one has to make empirical enquiries into the response of each and every State to a pattern of conduct as the basis of a potential rule of customary law. This would necessarily lead to differentiated answers, since as a rule States react at different points in time, except if by drafting and adopting an international instrument they all express themselves at the same time.” (TOMUSCHAT, Christian. Op. cit. p. 282)

¹⁶⁵ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 401.

¹⁶⁶ ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, Merits, p. 22.

¹⁶⁷ Loc. cit.

¹⁶⁸ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 113-114 (§ 218).

valores como costume internacional, a discussão acerca deles foi incluída justamente nos parágrafos dedicados a abordar as regras consuetudinárias aplicáveis¹⁶⁹.

Seja como for, conquanto seja admissível colher pretensos traços de voluntarismo ou de não voluntarismo nos pronunciamentos da Corte da Haia, o fato é que poucas vezes, e só muito marginalmente, ela se preocupou com a questão dos fundamentos do costume internacional. Na vasta maioria dos casos, a CIJ limitou-se a aplicar o direito, ao examinar se, na situação concreta colocada a sua apreciação, estavam presentes os dois elementos constitutivos das regras consuetudinárias, a prática reiterada e a *opinio juris*¹⁷⁰. A bem da verdade, não há nada de errado nisso. Como bom órgão jurisdicional que é, espera-se realmente que a Corte da Haia se atenha a essa abordagem mais técnica, do direito como ciência aplicada, e menos teórica. O problema surge, todavia, quando a doutrina passa a reproduzir acriticamente esse critério dual, como se ele bastasse para explicar um fenômeno demasiadamente complexo como é a formação do direito internacional consuetudinário, que reflete a vida da sociedade internacional em todo seu potencial¹⁷¹.

2.2 Conclusões do Capítulo 2

Apesar dos enormes esforços de juristas do passado e do presente em cunhar uma teoria abrangente sobre o costume internacional, é inegável que todas as perspectivas clássicas, apresentadas neste capítulo, se mostram deficientes em alguma medida quando se defrontam com a realidade internacional contemporânea¹⁷². Além disso, o acervo teórico estudado acima não dá conta de todos os aspectos que a doutrina e a jurisprudência desenvolveram em matéria de direito internacional consuetudinário ao longo do tempo. Como visto, o voluntarismo e seu legado não conseguem explicar a obrigatoriedade de uma norma costumeira para Estados que não participaram ativamente do processo formador dela, a não ser recorrendo a ficções, como a ideia de consentimento tácito ou inferido. O jusnaturalismo,

¹⁶⁹ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 401-402.

¹⁷⁰ Pierre-Marie Dupuy ironiza que, a um olhar descuidado, a apuração dos dois aspectos do costume parece uma operação quase mecânica, “aussi apaisante pour l’esprit que de pouvoir se dire que deux et deux font quatre: élément matériel + élément psychologique = coutume. Ah! quelle belle certitude et quelle façon efficace de récupérer dans la rhétorique juridique les vapeurs insaisissables d’un processus de fait dont transpire le droit!” (DUPUY, Pierre-Marie. L’unité de l’ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 297, p. 164, 2000).

¹⁷¹ “The principal task of international lawyers is to determine the existence and content of rules as those rules apply in specific situations. When they act as judges or arbitrators, appear before courts or tribunals, or advise government and private clients, they are expected to explain the law and not, in most instances, how the law is developed, maintained and changed. It is therefore perhaps understandable that most academic writings in the field have had a similar focus.” (BYERS, Michael. Op. cit. p. 43)

¹⁷² “L’examen de la pratique étatique conduit de plus à observer que théories subjectiviste comme volontariste déforment partiellement la réalité, tout en la reflétant l’une et l’autre sous certains aspects.” (Ibid., p. 165)

em contrapartida, não é capaz de acomodar o instituto do objeto persistente. É oportuno repetir a advertência de Andrew T. Guzman:

[Customary International Law (CIL)] is singularly ill-equipped to defend itself. CIL has no coherent or agreed upon theory to justify its role or explain its doctrine. The old notions of natural law and consent are either no longer accepted or under-theorized and nothing has arisen to take their place¹⁷³.

Embora seja verdade que, contemporaneamente, as teses jusnaturalistas se encontram desacreditadas, de sorte que prevalece, com algumas adaptações, a perspectiva voluntarista, não é menos verdade que inexistem critérios objetivos que permitam determinar se qualquer das teorias sobre os fundamentos do costume internacional é mais verdadeira do que as rivais. Quando um jurista se posiciona em favor de uma dessas perspectivas teóricas em detrimento das demais, acaba ficando vulnerável às críticas dessas últimas. É que nenhuma teoria encerra uma verdade incontestável. A preferência por qualquer delas revela uma visão de mundo e uma postura política e moral.

Não obstante, pretende-se demonstrar que, com base no marco teórico discursivo do costume internacional, a ser desenvolvido no Capítulo 5 desta dissertação, a escolha entre as várias teorias sobre os fundamentos do direito internacional costumeiro não é completamente arbitrária. Os critérios que norteiam a opção em favor de uma dessas perspectivas teóricas e o preterimento das demais serão indicados oportunamente.

¹⁷³ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 117.

3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO COSTUME INTERNACIONAL

Uma vez relatada, no capítulo anterior, a discussão acerca dos fundamentos do direito internacional costumeiro, tenciona-se, no presente capítulo, apresentar, sobretudo, alguns dos debates doutrinários acerca dos elementos constitutivos do costume internacional. Cuida-se de exposição meramente ilustrativa e que jamais poderia aspirar a exaurir o assunto, visto que a doutrina formula, recorrentemente, novas teses a respeito. Além do mais, cabe repetir que o objetivo cardinal desta dissertação não é revisar a literatura jusinternacionalista, nem compilar posicionamentos de juristas, nem aprofundar-se em dogmática jurídica. A intenção é, isto sim, propor uma teoria que ofereça soluções e explicações satisfatórias para alguns dos problemas identificados na doutrina clássica sobre o costume internacional. Nas linhas abaixo, destacam-se quatro desafios que servirão de ponto de partida para o desenvolvimento, no Capítulo 5, do marco teórico objeto deste trabalho.

Remarque-se que os parágrafos adiante procuram não só exemplificar a pluralidade de visões sobre os elementos constitutivos do direito internacional consuetudinário, mas também, por oportuno, lidar com questões correlatas, como o instituto da objeção persistente.

Para começar, analisa-se o primeiro elemento do direito internacional consuetudinário: a prática internacional.

3.1 O elemento objetivo: a prática internacional

Maurice H. Mendelson afirma que a prática internacional, que é, geralmente, pública e objetivamente verificável, tem apresentado menos dificuldades de ser comprovada do que os aspectos psicológicos do costume internacional¹⁷⁴. Em contraposição, Patrick Kelly ressalta que inexistente, na doutrina e na jurisprudência, um entendimento unificado acerca do que constitui a prática internacional que provê o substrato material das normas costumeiras¹⁷⁵. Com efeito, ao final desta seção, perceber-se-á que o elemento supostamente objetivo do direito internacional consuetudinário é, na realidade, tão subjetivo quanto a *opinio juris*.

3.1.1 Quais são seus autores?

O primeiro foco de discussão centra-se em quais sujeitos de direito internacional (ou, até mesmo, numa concepção mais ampla, quais atores internacionais) podem contribuir, com suas ações, para a prática formadora do costume internacional.

¹⁷⁴ MENDELSON, Maurice H. The Formation of Customary International Law. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 272, p. 197, 1998.

¹⁷⁵ KELLY, Patrick. Op. cit. p. 499.

Em seu curso da Haia de 1934, Karl Strupp defende que, para fins de composição das normas costumeiras, somente contam os atos de órgãos que, de acordo com o direito interno de certo Estado, estão habilitados a firmar obrigações internacionais em nome do referido ente estatal. Segundo essa ótica, a nomogênese do costume internacional cingir-se-ia, por exemplo, à atuação de chefes de Estado ou de governo, de ministros das Relações Exteriores e membros do serviço diplomático¹⁷⁶.

Trata-se de posição excessivamente restritiva. A um, porque, a depender da matéria, a competência para a condução das relações internacionais de um Estado não se circunscreve às instituições governamentais incumbidas da política externa. É de se especular que ministérios ou secretarias ligados a temas econômicos, ao setor de transportes ou a outras áreas técnicas também participem do processo decisório. A dois, porque desconsidera atos do Legislativo e do Judiciário. Ora, em razão do voluntarismo de Strupp – que equipara o direito internacional consuetudinário a um acordo tácito –, é compreensível que sua visão privilegie o Executivo, uma vez que, em regra, o poder de celebrar tratados se concentra nesse poder. Sem embargo, seria equivocado pensar que, *e.g.*, a produção legislativa e constitucional, bem como julgados de cortes domésticas, se referentes ao domínio do direito internacional, não refletem, em alguma medida, a prática do respectivo Estado¹⁷⁷. Se houver conflito entre os atos do Judiciário e os do Executivo, Mendelson recomenda não que aqueles sejam descartados como evidência material e sim que, simplesmente, recebam menor peso do que os últimos ao aferir-se todo o acervo probatório¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

A contribuição para o surgimento e para o desenvolvimento do costume internacional não advém apenas dos Estados. A prática de organizações internacionais (OIs) – sujeitos de direito internacional *per se* – também pode servir de substrato material. Além de produzirem normas costumeiras quando interpretam, progressivamente, seu respectivo tratado constitutivo e suas normativas internas – a exemplo do CSNU, cuja práxis recente tem alargado a noção de paz e de segurança internacionais, para entender que esses valores podem ser ameaçados por

¹⁷⁶ STRUPP, Karl. Op. cit. p. 313-315.

¹⁷⁷ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 198-200. FERRARI BRAVO, Luigi. Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 192, p. 237 e 259-261, 1985.

¹⁷⁸ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 200. Ainda, Mendelson salienta que várias técnicas e normas de direito interno, como o uso de certificados expedidos pelo Executivo, podem evitar essas contradições entre atos de diferentes órgãos (*loc. cit.*).

¹⁷⁹ Em contrário: KELLY, Patrick. Op. cit. p. 506 (“decisions of national courts are of minimal value in determining CIL [customary international law]. Domestic courts generally lack an understanding of how to determine CIL. In particular, they do not undertake a detailed analysis of state practice in other cultures, are prone to accept the values of their own culture or the political positions of their own governments as CIL, and overestimate the role of judges in the customary law process”).

crises humanitárias, mesmo que encerradas dentro do território de um Estado –, as OIs muitas vezes perfazem atos que fomentam a emergência de regras consuetudinárias não diretamente ligadas a suas atividades. Na opinião consultiva *Reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* (1951), *e.g.*, a CIJ, ao determinar o direito internacional costumeiro em matéria de reservas a tratados, levou em consideração a prática do Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU) como depositário de numerosas convenções multilaterais, bem como a prática de várias chancelarias¹⁸⁰. Quanto às resoluções de órgãos deliberativos de OIs – como, *e.g.*, as da AGNU –, Mendelson preconiza que sejam computadas não como atos organizacionais e sim como atos estatais, na medida em que sua votação reflete os diferentes posicionamentos de representantes governamentais sobre certo assunto¹⁸¹. A relevância dessas resoluções para a formação do costume internacional será retomada mais adiante, porque há jusinternacionalistas que as enxergam como prática internacional e outros que as qualificam como evidência de *opinio juris*.

Para alguns autores, os tribunais internacionais, por meio de suas decisões, igualmente proveem supedâneo material para o direito internacional consuetudinário. É que seus julgados ou seus laudos teriam valor de precedentes na delimitação do sentido e do alcance das normas internacionais¹⁸². Kelly, entretanto, discorda dessa perspectiva, apontando que a jurisprudência internacional consiste em meras opiniões, ainda que dotadas de autoridade, sobre a existência ou sobre o conteúdo de um costume internacional: decisões judiciais ou arbitrais tão somente declarariam os contornos do direito, mas não poderiam, *de per se*, criá-lo¹⁸³.

Outros atores internacionais, como, *e.g.*, organizações não governamentais (ONGs) e empresas transnacionais, embora não sejam sujeitos de direito internacional, podem participar *indiretamente* da nomogênese de regras consuetudinárias, ao influenciar o comportamento dos

¹⁸⁰ ICJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion of 28 May 1951.

¹⁸¹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 201.

¹⁸² “Furthermore, the real significance of the decisions of international courts and tribunals (apart from their role in settling a particular dispute) lies in their precedential value as determinations of the law. Even if they are, strictly speaking, binding only on the parties and only in the particular case, their persuasive force can be considerable — depending on the status of the tribunal, the quality of its reasoning, the terms of the *compromis* or Statute by which it is set up, and so on.” (Ibid., p. 202)

¹⁸³ “International judicial and arbitral decisions, for example, are not *per se* state practice, but rather opinions about the existence of CIL [customary international law]. Such decisions may be of value in determining CIL, but only to the extent that a tribunal's investigation and analysis of state practice and *opinio juris* is persuasive. The independence of the I.C.J. [International Court of Justice] and its relative expertise help explain the level of respect for its opinions, but it lacks the authority to create CIL. Inherent in a customary law system, the community determines customary norms. Since many of the Court's decisions do not utilize inductive methodology, their conclusions about customary norms are suspect.” (KELLY, Patrick. Op. cit. p. 505)

Estados; para essa visão, os atos desses outros atores só seriam incorporados numa análise do direito internacional costumeiro na medida em que teriam contribuído para a consecução de atos estatais¹⁸⁴. Em contraposição, há juristas que propugnam uma participação mais direta de ONGs¹⁸⁵ e, até mesmo, de indivíduos¹⁸⁶ na elaboração do costume internacional, especialmente em campos específicos, como o direito internacional dos direitos humanos.

No que concerne à teoria discursiva a ser elaborada no Capítulo 5 desta dissertação, entende-se que, em sua argumentação jurídica, o proponente de uma nova norma costumeira pode, como suporte a sua tese, incluir a prática de Estados, de OIs, de tribunais internacionais, de indivíduos e de outros atores internacionais. Adverte-se, porém, que, se seus argumentos se fundarem em posições doutrinário-jurisprudenciais minoritárias, restarão enfraquecidos. Sem embargo, postula-se que, conquanto os atos invocados como prova possam, sim, ser plurais, a mesma pluralidade não se estende ao rol de atores que podem iniciar o processo discursivo de gênese ou de mudança de um costume internacional; vale dizer, se uma proposta normativa pretende gerar impactos concretos na modificação do direito internacional consuetudinário – e não meramente figurar em debates acadêmicos –, ela deve ser formulada por um Estado¹⁸⁷.

3.1.2. Quais atos contam?

A seleção de quais atos contam para a formação do direito internacional costumeiro é papel geralmente atribuído à *opinio juris*, como se verá mais abaixo. É que somente aquelas condutas realizadas em decorrência de um senso de obrigatoriedade jurídica teriam o condão de criar, de consolidar ou de alterar um costume internacional. Também é a *opinio juris* que auxilia a distinguir o comportamento juridicamente relevante – *i.e.*, que merece ser tutelado pelo direito – do juridicamente irrelevante. Em todo o caso, dadas as dificuldades inerentes à avaliação de aspectos psicológicos, como a vontade ou as crenças dos Estados, muitos autores

¹⁸⁴ Ibid., p. 203.

¹⁸⁵ Mencione-se a opinião dissidente do juiz *ad hoc* Van den Wyngaert no caso *Yerodia* ou *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (2002), criticando a tendência da CIJ em desconsiderar o entendimento das ONGs, que “may be seen as the opinion of civil society, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today” (ICJ. **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**, Judgment of 14 February 2002, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert, p. 155-157, § 28.

¹⁸⁶ OCHOA, Christiana. The Individual and Customary International Law Formation. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville (Virginia), v. 48, p. 119-186, 2007.

¹⁸⁷ Trata-se, na verdade, de uma tentativa de simplificar a exposição da teoria discursiva do costume internacional. Não obstante, ressalte-se que não se vê empecilho na hipótese de uma OI, com seus argumentos, dar início ao processo de mudança de uma norma costumeira. Rejeita-se, todavia, a possibilidade de que um indivíduo seja proponente de uma nova regra consuetudinária (ou, em vez disso, da alteração de outra norma já existente), tendo em vista sua limitada personalidade jurídica internacional; afinal, se os indivíduos não podem celebrar tratados nem, portanto, produzir o direito internacional convencional, tampouco podem ser autores da nomogênese do direito internacional costumeiro.

têm preferido cunhar listas – meramente exemplificativas e não exaustivas – de quais atos são comumente considerados formadores do direito internacional costumeiro¹⁸⁸.

Ao longo dessas enumerações, citam-se, por exemplo: a) atos estatais comissivos; b) a correspondência diplomática, inclusive protestos¹⁸⁹; c) declarações oficiais à imprensa ou ao público em geral¹⁹⁰; d) atos e declarações de órgãos estatais, como ministérios ou secretarias de Relações Exteriores, consultores jurídicos, cortes nacionais, etc.¹⁹¹; e) leis domésticas¹⁹²; f) ratificações de tratados bilaterais ou multilaterais, bem como adesões a esses diplomas¹⁹³; g) alegações junto a tribunais internacionais¹⁹⁴; h) posições adotadas pelos Estados junto a OIs ou em conferências internacionais¹⁹⁵; i) resoluções de OIs¹⁹⁶; j) comentários feitos pelos governos a projetos de codificação do direito internacional de autoria da CDINU, bem como os próprios projetos¹⁹⁷; k) repertórios de prática internacional publicados pelos Estados¹⁹⁸; l) instruções às Forças Armadas e manuais militares¹⁹⁹; e m) atos estatais omissivos²⁰⁰.

¹⁸⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia...* p. 431.

¹⁸⁹ MENDELSON, Maurice H. *Op. cit.* p. 204-206. FERRARI BRAVO, Luigi. *Op. cit.* p. 237, 257 e 263. **PCIJ. The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 29. **ICJ. Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 138-139.

¹⁹⁰ **ICJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 25-26, §§ 27-31. **ICJ. Nuclear Tests (New Zealand v. France)**, Judgment of 20 December 1974, p. 265-267, §§ 34-41.

¹⁹¹ FERRARI BRAVO, Luigi. *Op. cit.* p. 259-261 e 277-280.

¹⁹² **ICJ. Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 134-136. **ICJ. Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)**, Judgment of 6 April 1955, p. 22. **ICJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, p. 104-106.

¹⁹³ Devido a sua complexidade, o tema da interação entre o costume internacional e os tratados não será abordado nesta dissertação.

¹⁹⁴ MENDELSON, Maurice H. *Op. cit.* p. 204 e 235.

¹⁹⁵ FERRARI BRAVO, Luigi. *Op. cit.* p. 262-274 e 288 *et seq.* **ICJ. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)**, Judgment of 2 February 1973, p. 24-26, §§ 55-58. **ICJ. Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)**, Judgment of 24 February 1982, p. 38, § 24. **ICJ. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)**, Judgment of 12 October 1984, p. 294, § 34.

¹⁹⁶ Sobre resoluções da AGNU, v.: **ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 99-106, §§ 188, 191-192, 195 e 202. KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia...* p. 432 (mencionando, na nota de rodapé n. 167, os laudos arbitrais *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*; *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company*; e, no Tribunal de Reclamações Irã-EUA, *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company & Islamic Republic of Iran*).

¹⁹⁷ **ICJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 33-36, §§ 48-56. **ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 100-101, § 190.

¹⁹⁸ “Australia (Australian Yearbook of International Law), Belgium (Revue belge de droit international), Canada (Canadian Yearbook of International Law), France (Annuaire français de droit international), Germany (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), Italy (Rivista di Diritto Internazionale), Japan (Japanese Annual of International Law), South Africa (South African Yearbook of International Law), Switzerland (Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht) and the United Kingdom (British Yearbook of International Law) publish (or provide financial or logistical support for the publication of) digests of their State practice in international law. China, Russia and India do not. In 1994 the United States decided to cease publication of the Digest of United States Practice in International Law.”

Mendelson observa, com razão, que, se o processo costumeiro for entendido como uma sequência de argumentos e de contra-argumentos, de teses e de respostas, só a prática pública – *i.e.*, não confidencial – está apta a evidenciar a materialidade de uma norma costumeira²⁰¹. Em contraposição, como aponta Michael Byers, quando os Estados, ao violarem uma norma internacional, tentam esconder ou negar suas ações, isso sinaliza que, não raro, eles próprios reprovam seu comportamento violador e estão cientes de que os demais atores internacionais também o reprovarão, se vierem a ter conhecimento dos fatos; portanto, a confidencialidade pode, na verdade, reforçar a juridicidade da regra violada. É o que se passa com a proibição da tortura: nos foros internacionais, a norma proibitiva tem recebido ampla aceitação de todos os Estados, mas, em segredo, é consistentemente descumprida²⁰².

Os posicionamentos acerca de quais atos podem ser apreciados na aferição da prática internacional são ora mais liberais, ora mais restritivos. Por exemplo, juristas que pesquisam o direito internacional costumeiro na seara dos direitos humanos, como Bruno Simma, Philip Alston, Richard B. Lilich e Theodor Meron, e a CDINU incluem “conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference”²⁰³ entre os atos relevantes, ao passo que o Departamento de Estado dos EUA, em seu *Digest* da

(BYERS, Michael. Op. cit. p. 153) O Brasil conta com *Repertórios da prática diplomática brasileira do direito internacional público*, organizados por Antônio Augusto Cançado Trindade e publicados pela Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG).

¹⁹⁹ ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 139.

²⁰⁰ No caso *Tadić*, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia asseverou que, em matéria de Direito Internacional Humanitário: “[when] attempting to ascertain State practice with a view to establishing the existence of a customary rule or a general principle, it is difficult, if not impossible, to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field for the purpose of establishing whether they in fact comply with, or disregard, certain standards of behaviour. This examination is rendered extremely difficult by the fact that not only is access to the theatre of military operations normally refused to independent observers (often even to the ICRC [International Committee of the Red Cross]) but information on the actual conduct of hostilities is withheld by the parties to the conflict; what is worse, often recourse is had to misinformation with a view to misleading the enemy as well as public opinion and foreign Governments. In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject-matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions” (ICTY. **Prosecutor v. Tadić**, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, 2 October 1995, § 99).

²⁰¹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 204,

²⁰² BYERS, Michael. Op. cit. p. 135-136. “The probability that the order be to some extent valid (as an obligatory norm) can also occur where its meaning is ‘evaded’ or ‘violated’... The thief orients his conduct toward the validity of the criminal law, viz., by trying to conceal it... This case is, of course, marginal. Very frequently the order is violated only in one or another partial respect, or its violation is sought to be passed off as legitimate, with a varying measure of good faith.” (WEBER, Max, *apud* *ibid.*, p. 136)

²⁰³ ILC. Chapter V – Identification of customary international law. **International Law Commission**, Report on the work of its sixty-eighth session, 2 May–10 June and 4 July–12 August 2016. p. 77. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

prática estadunidense, não²⁰⁴. Kelly nota que o recorte do material probatório de um costume internacional é uma metodologia que reflete as preferências do acadêmico ou da instituição considerada; destarte, o fato de que, para o Departamento de Estado dos EUA, resoluções de OIs não evidenciam a prática internacional privilegia “norms based on acts of effective state power, rather than based on normative statements made at international fora”²⁰⁵. O dissenso é patente, em particular, em duas controvérsias mais específicas, uma envolvendo a dicotomia entre atos verbais e atos físicos, e outra lidando com o exame de atos omissivos.

Conforme Anthony D’Amato, apenas atos físicos contam como prática internacional²⁰⁶. Karol Wolfke posiciona-se no mesmo sentido, ao defender que atos verbais, se reiterados, até podem ser qualificados como um tipo de conduta que origina regras consuetudinárias relativas à emissão desses pronunciamentos, mas não ao conteúdo por eles descrito²⁰⁷. Em contrário, Michael B. Akehurst²⁰⁸ e Ian Brownlie²⁰⁹ sustentam que, se são estritamente os atos físicos que geram o direito internacional costumeiro, qualquer tentativa de mudança desse último haveria de ocorrer por meio de sua violação, já que não bastaria contestá-lo via simples declarações em favor de novas normas consuetudinárias. Como sublinha Michael Byers, a perspectiva de D’Amato e de Wolfke “leaves little room for diplomacy and peaceful persuasion, and, perhaps most importantly, marginalises less powerful States in the process of customary international law”²¹⁰. Nesse debate, a visão prevalecente é a que aceita, invariavelmente, tanto atos físicos quanto verbais como produtores do costume internacional²¹¹. Mendelson adverte, contudo, que, normalmente, pronunciamentos têm menos peso do que condutas concretas. Por fim, cabe salientar que uma declaração – *e.g.*, um comunicado à imprensa em que um governo explica sua posição sobre determinado assunto – não só consigna um exemplo de prática, mas também exprime o

²⁰⁴ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 125-126. KELLY, Patrick. Op. cit. p. 501.

²⁰⁵ Loc. cit.

²⁰⁶ D’AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. p. 88. No mesmo sentido: Hugh Thirlway, citado em KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 527.

²⁰⁷ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 151-152.

²⁰⁸ *Apud* BYERS, Michael. Op. cit. p. 134.

²⁰⁹ BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 331. No mesmo sentido: Karl Zemanek, citado em KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 526.

²¹⁰ BYERS, Michael. Op. cit. p. 134.

²¹¹ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 153. A propósito, é esse o entendimento da CDINU (ILC. Op. cit. p. 77). Outrossim, destaque-se que, no caso *Direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos* (1952), a CIJ usou correspondência diplomática – meras declarações estatais – para avaliar o requisito da prática internacional (ICJ. **Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)**, Judgment of 27 August 1952, p. 200). No Brasil, Celso A. Mello também parece filiar-se a essa posição: “[o] costume se prova pelas declarações políticas, correspondência diplomática, etc.” (MELLO, Celso A. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 297).

elemento subjetivo, a *opinio juris*; é por isso que, ao realizar-se o cômputo geral de atos, é preciso decidir se o referido pronunciamento será classificado como prova do elemento material ou do psicológico, para evitar dupla contagem²¹².

No que tange a atos omissivos, D’Amato rechaça sua inclusão na categoria de prática internacional²¹³. Não obstante, a importância das abstenções é inegável quando se pensa, *e.g.*, no instituto da imunidade diplomática, originalmente costumeiro e exurgido, justamente, de um não fazer: a recusa dos Estados em processar diplomatas estrangeiros (à parte as exceções no campo cível)²¹⁴. A análise de condutas abstensivas esbarra em complicações, porém, porque nem sempre é fácil discernir se elas decorrem de simples indiferença ou da imposição de uma obrigação. Gennady Danilenko, por exemplo, distingue o que chama de prática passiva – *i.e.*, quando os Estados não protestam contra o prosseguimento de certa prática, o que sinalizaria sua aquiescência quanto ao surgimento de um costume internacional correspondente²¹⁵ – de atos omissivos propriamente ditos – que, se repetidos, podem conduzir à emergência de uma regra consuetudinária que prescreve uma abstenção²¹⁶.

O caso *Lotus* (1927), apreciado pela CPJI, ilustra esses desafios. Após a colisão entre o *Lotus* e o *Boz-Court*, a Turquia iniciou investigações criminais tanto contra o capitão francês quanto contra o turco, ao que a França alegou existir uma norma costumeira que, *in casu*, restringia a jurisdição penal ao Estado do pavilhão; ou seja, somente o Estado francês poderia processar o capitão de sua nacionalidade. Em suporte a sua tese, a França atentou para a ausência, nessas circunstâncias, de processos criminais deflagrados por Estados que não o da bandeira. A CPJI rejeitou esse argumento, entretanto, observando que o comportamento omissivo podia dever-se a diversos motivos e não necessariamente a um senso de que a abstenção era obrigatória²¹⁷. Similarmente, a CIJ, na opinião consultiva *Legalidade da*

²¹² MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 206.

²¹³ D’AMATO, Anthony. The Concept of Custom in International Law. p. 61-64.

²¹⁴ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 207.

²¹⁵ Em contrário: D’AMATO, Anthony. The Concept of Custom in International Law. p. 85-87 (aduzindo o requisito de que, para que a abstenção equivalha à aquiescência, os Estados que se abstêm devem ter motivos para crer que uma regra consuetudinária está em formação); KELLY, Patrick. Op. cit. p. 522 (“[silence] in the absence of an obligation to speak does not imply consent. A system based on the notion that silence speaks would require that all states have perfect knowledge of state practice, unlimited resources, and be aware that the failure to respond would have legal consequences. Furthermore, states are unaware when the period of formation is occurring, what state practice would be judged relevant, and could not predict when a scholar or judge will declare a CIL [customary international law] norm.”).

²¹⁶ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 528.

²¹⁷ “Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not

ameaça de uso ou do uso de armas nucleares (1996), ponderou que, só porque os Estados nuclearmente armados não haviam empregado seu armamento atômico desde 1945, não significava que haviam reconhecido uma obrigação de nunca utilizá-lo²¹⁸. Atos abstensivos também foram examinados pela Corte Internacional de Justiça nos casos *Nottebohm* (1955) – concernente à concessão de proteção diplomática a naturalizados sem vínculos patriais efetivos com o Estado protetor²¹⁹ – e *Asilo* (1950) – relativo ao asilo diplomático deferido pela Colômbia a Haya de la Torre, político peruano²²⁰. Assinale-se que uma omissão nem sempre será ambígua²²¹, mas, se o for, far-se-á necessário sondar o elemento subjetivo²²².

Acredita-se que a presente exposição foi bastante para demonstrar as divergências que assolam o tema. Doravante, passa-se à abordagem de aspectos menos controversos, mas ainda assim imprecisos: a duração, a uniformidade e a extensão da prática internacional.

3.1.3 Por quanto tempo?

Por quanto tempo uma conduta há de ser repetida para solidificar-se como obrigatória? Mendelson relata que, no Direito Romano, se exigia uma longa duração para a sedimentação de uma norma costumeira. No *common law* inglês, fala-se em costume imemorial²²³. No que se refere ao direito internacional consuetudinário, o quesito temporal tem sido flexibilizado, em parte pela doutrina do costume instantâneo²²⁴, em parte pela jurisprudência da CIJ.

No caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), junto à CIJ, a Dinamarca e a Holanda alegavam que a Alemanha estaria obrigada a seguir o disposto no art. 6º (2) da Convenção de Genebra sobre a Plataforma Continental, de 1958, ditando que, na ausência de

allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, as will presently be seen, there are other circumstances calculated to show that the contrary is true.” (PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 28)

²¹⁸ ICJ. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Advisory Opinion of 8 July 1996, p. 254, § 67.

²¹⁹ ICJ. **Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)**, Judgment of 6 April 1955, p. 22.

²²⁰ Particularmente, a Colômbia tentou provar que, no asilo diplomático, costume regional latino-americano, existia uma norma, também consuetudinária, permitindo que o Estado asilante qualificasse unilateralmente, como políticos ou como comuns, os crimes cometidos pela pessoa asilada. A CIJ posicionou-se pela inexistência dessa regra, invocando, entre outras bases, a não ratificação da Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933) por muitos países. “It is particularly the Montevideo Convention of 1933 which Counsel for the Colombian Government has also relied on in this connexion. It is contended that this Convention has merely codified principles which were already recognized by Latin-American custom, and that it is valid against Peru as a proof of customary law. The limited number of States which have ratified this Convention reveals the weakness of this argument, and furthermore, it is invalidated by the preamble which states that this Convention modifies the Havana Convention.” (ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 277)

²²¹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 206.

²²² KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 528.

²²³ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 209.

²²⁴ V. seção 3.3.

circunstâncias especiais ou de tratado com previsão alternativa, a delimitação da plataforma continental entre Estados adjacentes deve ser fixada conforme o princípio da equidistância. Devido à não ratificação da referida convenção pelo governo alemão, argumentou-se que a norma do art. 6º (2), na realidade, cristalizava uma regra costumeira emergente, ou então que um novo costume internacional se teria consolidado desde 1958, tendo em vista os avanços do direito convencional e da prática internacional²²⁵. Ao apreciar essa segunda tese, a Corte da Haia sublinhou o curto período que havia transcorrido desde a conclusão da Convenção de 1958, bem como o lapso temporal ainda menor – de meros cinco anos – verificado entre sua entrada em vigor e a alegada aparição de uma norma consuetudinária correspondente²²⁶, e decidiu que:

[although] the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked...²²⁷.

Sem embargo, por mais reduzido que possa ser esse decurso de tempo, um mínimo de lapso temporal parece ser sempre requerido. Mas, dada a ausência de critérios mais acurados, a apuração da quantidade de tempo necessária caso a caso acaba sendo deixada aos tribunais internacionais, se a controvérsia lhes for submetida, ou à interpretação dos próprios sujeitos de direito internacional. A imprecisão e a insegurança restam evidentes quando se repara que – menos de 20 anos antes da decisão da CIJ no contencioso *Plataforma continental do Mar do Norte*, que declarou o caráter costumeiro do conceito de plataforma continental²²⁸ –, em 1951, no contencioso arbitral *Abu Dhabi*, se determinara que o mesmo instituto ainda não assumira o *status* de norma jurídica internacional²²⁹.

3.1.4 O quão uniforme deve ser?

Como visto no trecho supracitado do caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a CIJ remarcou que, além do fator temporal, é preciso constatar se uma prática

²²⁵ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 38 e 41, §§ 61-62 e 70.

²²⁶ Ibid., p. 43, § 74.

²²⁷ Ibid., p. 42, § 73.

²²⁸ Ibid., p. 3.

²²⁹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 210.

internacional é “extensive and virtually uniform”²³⁰. Mendelson explica que a ideia de uniformidade abrange a consistência interna – *i.e.*, cada Estado cuja conduta é aferida deve ter-se comportado de igual maneira em praticamente todas as ocasiões em que teve a oportunidade de realizar o referido ato – e a consistência coletiva – *i.e.*, os vários Estados considerados devem ter-se engajado em condutas substancialmente idênticas²³¹.

No contencioso *Asilo* (1950), quando a Colômbia buscou provar a existência de uma norma costumeira no âmbito do instituto do asilo diplomático, costume regional da América Latina, permitindo que o Estado asilante qualificasse unilateralmente, como políticos ou como comuns, os crimes cometidos pela pessoa asilada, a CIJ observou que:

[the] facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence²³².

Um ano depois, no caso *Pescarias anglo-norueguesas*, a Corte da Haia também negou que emergira um costume internacional referente ao traçado de linhas de demarcação ao longo de baías, atentando para a escassa consistência coletiva da respectiva prática.

Although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law.²³³

Em contrapartida, nesse mesmo julgado, ao examinar a questão principal – a saber, se, para delimitar a extensão de seu mar territorial, a tendência da Noruega de desenhar linhas de base retas, apesar das irregularidades de seu litoral, repleto de fiordes, de ilhas e de recifes²³⁴,

²³⁰ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 42, § 73.

²³¹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 212.

²³² ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 277. No mesmo sentido: ICJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion of 28 May 1951, p. 25.

²³³ ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 131.

²³⁴ “The coastal zone concerned in the dispute is of a distinctive configuration. Its length as the crow flies exceeds 1,500 kilometres. Mountainous along its whole length, very broken by fjords and bays, dotted with countless islands, islets and reefs (certain of which form a continuous archipelago known as the *skjaergaard*, ‘rock rampart’), the coast does not constitute, as it does in practically all other countries in the world a clear

constituía uma exceção ao direito internacional geral nesse tema –, a CIJ reconheceu que uma prática não necessita ser perfeitamente uniforme para gerar uma norma consuetudinária.

The Court considers that too much importance need not be attached to the few uncertainties or contradictions, real or apparent, which the United Kingdom Government claims to have discovered in Norwegian practice. They may be easily understood in the light of the variety of the facts and conditions prevailing in the long period which has elapsed since 1812, and are not such as to modify the conclusions reached by the Court.²³⁵

Igualmente, nos contenciosos *Plataforma continental* entre Tunísia e Líbia (1982)²³⁶ e entre Líbia e Malta (1985)²³⁷, a Corte da Haia assentou que, na seara do Direito do Mar, muito embora as múltiplas proclamações de zonas econômicas exclusivas (ZEE) pelos Estados não fossem idênticas, eram similares o bastante para se admitir que o instituto da ZEE adentrara o direito internacional costumeiro.

Por fim, é crucial enfatizar que a falta de uniformidade de uma prática não se confunde com a ocorrência de contínuas violações, ainda que justificadas, de uma norma já consolidada. Foi isso que a CIJ esclareceu ao pesquisar a vigência dos princípios consuetudinários do não uso da força no plano internacional e da não intervenção em assuntos internos dos Estados, no julgamento do mérito do caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986)²³⁸. Realmente, em muitas situações, será indispensável averiguar o elemento subjetivo ou – como será defendido no Capítulo 5, onde se proporá uma teoria discursiva do costume internacional – a argumentação jurídica adotada pelos entes estatais, a fim de concluir se uma conduta desviante é puramente violadora do direito em vigor ou criadora de um novo direito.

dividing line between land and sea. The land configuration stretches out into the sea and what really constitutes the Norwegian coastline is the outer line of the land formations viewed as a whole.” (ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Summary 1951/3, p. 21-22)

²³⁵ ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 138. No mesmo sentido: ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 278.

²³⁶ ICJ. **Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)**, Judgment of 24 February 1982, p. 74, § 100.

²³⁷ ICJ. **Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)**, Judgment of 3 June 1985, p. 33, § 34.

²³⁸ “It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other’s internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State’s conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.” (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 98, § 186)

3.1.5 Qual é sua extensão?

No litígio *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a Corte da Haia também apontou que uma prática internacional, para consignar uma regra consuetudinária, há de ser difundida, “*extensive*”²³⁹. Quantos Estados precisam estar abrangidos? Diferentes grupos estatais podem forjar costumes particulares? Essas questões são abordadas a seguir.

3.1.5.1 Costume particular

Para o surgimento de uma norma costumeira particular, bastam dois Estados. Cuida-se do costume local. No caso *Direito de passagem sobre território indiano* (1960), julgado pela CIJ, identificou-se uma regra consuetudinária bilateral entre Portugal e Índia possibilitando o trânsito de pessoas e de bens pela área costeira de Damião e de outros enclaves à época sob a soberania portuguesa²⁴⁰. Ademais, no contencioso *Asilo* (1950), a Colômbia tentou comprovar, sem sucesso, que existia uma norma costumeira circunscrita à América Latina, em matéria de asilo diplomático²⁴¹. No que concerne ao litígio *Pescarias anglo-norueguesas* (1951), a prática da Noruega de fixar linhas de base retas²⁴², descrita acima, foi compreendida pela Corte da Haia como um costume local, de acordo com alguns autores²⁴³, contudo a decisão também pode ser interpretada como uma aceitação implícita da doutrina do objetor persistente.

O critério geográfico não é o único que define um costume particular, o que significa que, quando a generalidade de determinada norma não resta demonstrada, nem sempre cabe falar em costume local ou regional. Pode cuidar-se, por exemplo, de regra consuetudinária restrita a um conjunto de Estados que compartilham uma ideologia específica ou que têm um

²³⁹ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 42, § 73.

²⁴⁰ ICJ. **Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)**, Judgment of 12 April 1960, p. 39. Outro costume bilateral foi discutido no caso *Direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos* (1952): ICJ. **Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)**, Judgment of 27 August 1952, p. 199-200.

²⁴¹ ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 266. Em outro caso, datado de 1992, a Corte da Haia entendeu, aparentemente, que o princípio de demarcação territorial do *uti possidetis*, de origem consuetudinária, tinha aplicação restrita às ex-colônias do Império espanhol (ICJ. **Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)**, Judgment of 11 September 1992, p. 380-387, §§ 27-42). Em contrário, outra câmara da Corte da Haia, em julgado anterior, de 1986, salientou que o *uti possidetis* tinha aplicação mais ampla, não circunscrita à Hispano-América (ICJ. **Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)**, Judgment of 22 December 1986, p. 564-565, §§ 19-20). Quanto à jurisprudência da CPJI, v.: PCIJ. **Free City of Danzig and ILO**, Advisory Opinion of 26 August 1930, p. 13; PCIJ. **Jurisdiction of the European Commission of the Danube**, Advisory Opinion of 8 December 1927, p. 17.

²⁴² ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 138.

²⁴³ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 160.

interesse em comum, como era o caso da extensão de 12 milhas náuticas reconhecida ao mar territorial de certas nações, antes de essa previsão normativa generalizar-se mundo afora²⁴⁴.

Uma distinção importante entre o costume geral e o particular é que, enquanto aquele primeiro vincula todos os entes estatais independentemente de seu consentimento, esse último exige prova de que foi aceito pelo Estado concernido, pelo que seu silêncio deve ser encarado como objeção²⁴⁵. No que tange à existência de hierarquia entre o costume geral e o particular, a questão permanece nebulosa. De um lado, é verdade que a CIJ estabeleceu, no contencioso *Direito de passagem sobre território indiano* (1960), que “a particular practice must prevail over any general rules”²⁴⁶; de outro, não é menos verdade que, como observa Koskenniemi, em nenhum julgado pertinente a um costume particular, a Corte da Haia efetivamente verificou se havia conflito com o costume geral correspondente, nem sequer pesquisou as normas gerais a respeito: ela simplesmente assumiu que a regra consuetudinária particular era coerente com o sistema normativo geral²⁴⁷.

3.1.5.2 Costume geral

Quando uma prática internacional adquire uniformidade e generalidade suficientes, ela passa a integrar o direito internacional costumeiro geral, que incide sobre todos os Estados, à exceção dos objetores persistentes²⁴⁸. Para tanto, a rigor, é desnecessário comprovar que cada ente estatal manifestou sua vontade – por consentimento tácito ou por aquiescência – quanto a determinado costume geral²⁴⁹. No caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a CIJ

²⁴⁴ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 216. KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 445-446.

²⁴⁵ D'AMATO, Anthony. The Concept of Custom in International Law. p. 251. ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 276. ICJ. **Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)**, Judgment of 12 April 1960, p. 39. Não obstante, vale lembrar que, no direito internacional, mesmo o costume geral deve ser provado, se for contestado (ICJ. **Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)**, Judgment of 25 July 1974, Separate Opinion of Judge de Castro, p. 79).

²⁴⁶ ICJ. **Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)**, Judgment of 12 April 1960, p. 44.

²⁴⁷ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 448. Ainda, Koskenniemi adverte que, embora haja quem defenda a prevalência do costume particular com base no critério da especialidade (*lex specialis derogat lege generali*), não se sabe ao certo como compatibilizar esse último com o critério cronológico (*lex posterior derogat lege priori*). Afinal, tendo em vista como o direito internacional opera, é difícil sustentar que uma norma geral posterior não é capaz de derogar uma norma especial anterior (ibid., p. 447). O autor conclui que: “[the] impossibility of making general preference in favour of general or particular customs is evident once we realize that such preference will immediately destroy the point of the other. If general custom prevails, then there can be no particular custom at all because even the non-existence of a rule can, under the doctrine of sovereignty, be conceptualized as a general custom allowing the State full freedom. If particular (and consensual) customs were overriding, then no general law would have normative force” (loc. cit.).

²⁴⁸ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 28, § 37.

²⁴⁹ Desse modo, no caso *Lotus* (1927), e.g., a CPJI não perquiriu se os litigantes, França e Turquia, haviam participado da formação da norma costumeira que, em colisões em alto-mar, limitava a jurisdição penal ao Estado da bandeira da embarcação (PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927).

realçou que, ao apurar-se o quesito da generalidade, importa incluir os atos daqueles Estados cujos interesses são especialmente afetados pela norma consuetudinária em questão²⁵⁰. Nesse sentido, a simples contagem numérica não basta: a prática considerada também há de ser representativa e abranger os entes estatais particularmente concernidos com determinada regra costumeira.

Mendelson examina a jurisprudência da Corte da Haia em matéria de costume geral e percebe que – salvo no litígio *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986)²⁵¹ e numa comparação entre os julgados *Plataforma continental* de 1982 e de 1985²⁵² – ela não se calca na comprovação de que uma maioria de países segue certa prática para qualificá-la como consuetudinária e generalizada. Em contrapartida, mesmo que a CIJ pareça contentar-se com um número insuficiente de exemplos de Estados que sejam participantes na formação de um costume geral, vale notar que, em todos os casos por ela apreciados, a falta de protestos à norma costumeira *sub examine* também era significativa – ou seja, muitos entes estatais podiam ser enxergados como aquiescentes, de sorte que seu comportamento não teria contribuído ativamente para a nomogênese consuetudinária²⁵³. O autor conclui que, apesar de esses precedentes oferecerem alguma orientação para a pergunta acerca de quão disseminada uma conduta deve ser para que consubstancie um costume de alcance generalizado, é notória a imprecisão jurisprudencial²⁵⁴. Não obstante, ele faz a seguinte ressalva:

[we] lawyers may find this lack of precision troubling. After all, we know exactly how many votes are needed to adopt legislation, how many to adopt a multilateral treaty, and how many ratifications to bring it into force. More fundamentally, lawyers like certainty. But... we must remember that customary law is not really like that. One of its distinguishing features is its informality, not to say formlessness. In this respect, customary law is like other informal social rule systems, such as those of fashion. To followers of fashion, numbers are significant, but there is no magic number, the achievement of which means that a fashion has been created or changed. Similarly, in any sort of customary law society (not just the international one), there is no special number that has to be achieved before something becomes a general rule. It is more a matter of feel, of judgment, which is difficult to verbalize

Similarmente, no contencioso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a Corte da Haia mostrou-se preparada para vincular a Alemanha ao princípio da equidistância, de caráter alegadamente consuetudinário, mesmo que, ao final do julgamento, se tenha posicionado pela inexistência do referido costume internacional (ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969).

²⁵⁰ Ibid., p. 43, § 74.

²⁵¹ Ao que parece, *in casu*, a CIJ encarou a participação quase universal dos Estados na Carta da ONU e em resoluções sobre o uso da força nas relações internacionais como abrangente o suficiente para cancelar a existência de normas consuetudinárias a respeito (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 14).

²⁵² MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 221-222.

²⁵³ Ibid., p. 220-222.

²⁵⁴ Ibid., p. 222.

or formalize, and which cannot easily be communicated to outsiders. In such a context, authoritative third-party decision-makers can play an important role in “declaring” what has become law and what has not²⁵⁵.

Eis que, de novo, em face da nebulosidade reinante, a solução encontrada, não de todo satisfatória, é relegar a determinação das normas costumeiras aos tribunais internacionais.

Ainda sobre o tópico da generalidade, dois últimos pontos merecem aprofundamento. O primeiro diz respeito à relação entre o costume geral e as obrigações *erga omnes*, devidas à “international community as a whole”, conforme expresso no famoso *dictum* da Corte da Haia no caso *Barcelona Traction* (1970)²⁵⁶. Devido à especial relevância do interesse que essas obrigações protegem, elas estendem-se a todos os Estados, e sua violação enseja a qualquer ente estatal responsabilizar o violador – e isso tudo sem que eles precisem fazer parte de uma convenção a respeito²⁵⁷ ou manifestar seu assentimento. À luz dessas características, seria a *obligatio erga omnes* uma espécie de costume geral, portanto? Pode-se pensar que sim, se a referência usada for a doutrina clássica sobre fontes do direito internacional. O problema é que, como pondera Koskenniemi, a CIJ não chegou a pesquisar a prática internacional para identificar as citadas obrigações; é fato que algumas delas são extraídas de “international instruments of a universal or quasi-universal character”²⁵⁸, mas as demais são simplesmente assumidas como integrantes do “body of general international law”²⁵⁹. É por isso que, para o autor citado, não é adequado classificá-las como oriundas nem do direito convencional nem do direito costumeiro²⁶⁰.

O segundo ponto a ser abordado lida com o entendimento da Corte da Haia de que, ao avaliar-se um costume geral, é indispensável colher a prática dos Estados cujos interesses são

²⁵⁵ Ibid., p. 223-224.

²⁵⁶ “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

“34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” (ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**, Judgment of 5 February 1970, p. 32, § 33)

²⁵⁷ ICJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion of 28 May 1951, p. 23.

²⁵⁸ ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**, Judgment of 5 February 1970, p. 32, § 33.

²⁵⁹ Loc. cit.

²⁶⁰ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 404-405.

especialmente afetados pela norma consuetudinária. Ora, por um lado, embora essa exigência pareça preocupar-se com a representatividade de um costume internacional, descabe ignorar que o processo nomogenético costumeiro sempre refletirá as desigualdades de poder entre os Estados: assim é que, usualmente, serão as potências mais influentes e com maiores recursos que mais contribuirão para o desenvolvimento do direito internacional consuetudinário²⁶¹; ou, nas palavras de Charles De Visscher, que compara a formação do costume internacional com a gradual abertura de uma estrada: “[among] the users are always some who mark the soil more deeply with their footprints than others, either because of their weight... or because their interests bring them more frequently this way”²⁶². Por outro lado, há ocasiões em que Estados menores podem fazer-se ouvir e, com seus atos e com suas manifestações, produzir o direito internacional costumeiro – como ilustra, *e.g.*, o reconhecimento de um *status* particular às águas arquipelágicas, o que derivou de uma iniciativa de Estados-ilhas²⁶³. Sem embargo, cabe apontar que são recorrentes as acusações de que a produção do costume internacional carece de legitimidade democrática²⁶⁴.

3.1.6 A prática internacional como um construto mental: seletividade e subjetivismo

Como narrado até aqui, o requisito da prática internacional está imerso em incontáveis imbrólios: seletividade na listagem dos atos, ambiguidade em sua interpretação e, não raro, excessiva discricionariedade na atuação das cortes internacionais quando analisam um pleito envolvendo regras consuetudinárias. É o que nota Kelly, ao asseverar que: “[any] conclusion

²⁶¹ “As a historical fact, the great body of customary international law was made by remarkably few States. Only the States with navies – perhaps 3 or 4 – made most of the law of the sea. Military power, exercised on land and sea, shaped the customary law of war and, to a large degree, the customary rules on territorial rights and principles of State responsibility. ‘Gunboat diplomacy’ was only the most obvious form of coercive law-making. Economic power, like military power, is applied often through implicit, if not open, threats in support of claims over a broad range of inter-State action. The more powerful the economy, the greater the presence of its government and nationals in international transactions. Trade, foreign investment, and technical know-how emanate disproportionately from the advanced economic powers; they carry with them, as a rule, the political views of their respective States, together with social attitudes bearing on international relations. Moreover, for these reasons the affluent States are objects of attention by others. Their views and positions are noticed and usually respected. Their official legal opinions and digests of State practice are available along with international law treatises that influence professional opinion and practical outcomes. In De Visscher’s words, ‘the great powers after imprinting a definite direction upon a usage make themselves its guarantors and defenders.’” (SCHACHTER, Oscar, *apud* BYERS, Michael. Op. cit. p. 39-40)

²⁶² *Apud* MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 225.

²⁶³ *Ibid.*, p. 226.

²⁶⁴ “[The] majority of nations and peoples of the world rarely participate in the creation of customary rules that limit their policy choices and sovereignty. This ‘democracy deficit’ infects the process of norm formation of traditional behavioral custom as well as the asserted norms of new CIL [customary international law]. It is a major source of controversy with regard to substantive norms which were imposed on the ‘new nations that emerged from colonialism, and significantly undermines the legitimacy of CIL norms determined or created by the I.C.J. [International Court of Justice] and other tribunals.” (KELLY, Patrick. Op. cit. p. 519)

about a norm's existence depends upon what one considers state practice and which state's practice is selected. The selection determines the conclusion.”²⁶⁵ E Koskenniemi, ao sugerir que: “[just] as friendship and hostility may be expressed in the same acts (e.g. intervention), so too any act may be cited to express the most varied kinds of wills or beliefs”²⁶⁶. E, por fim, Andrew T. Guzman, ao remarcar, na esteira de Kelly, que:

judgments are based on cursory reviews of a few states, biased toward the practices of states with readily available statements about their behavior written in a language understood by the relevant judges, heavily influenced by the particular background of the judge, and often inconsistent with the behavior of many states²⁶⁷.

É por essas razões que, segundo László Blutzman, a prática internacional, usualmente tida como um reflexo da materialidade do costume internacional, não consigna um aspecto tão objetivo quanto propalam.

The common view might consider it material or objective because it treats general practice as simply that which refers to a more or less definite set of state actions as objective facts or events. However, this approach is too simplistic. No general practice as such exists in the objective world, and it is not equal to a set of state actions. However, being the result of a complex mental process that includes abstraction, comparison, interpretation, selection, evaluation, weighing and generalization, general practice is a mental construct that refers to a relation and is basically characterized by the regularity or rule around which it is conceptually organized in specific cases.²⁶⁸

Com efeito, ao fim e ao cabo, a prática internacional é nada mais do que um construto mental. Para que venha a lume – e para que seja dotada dos atributos de generalidade, de durabilidade e de consistência –, cabe ao observador: 1) estabelecer uma regularidade (*i.e.*, um padrão de conduta) que sirva como ponto de partida; 2) selecionar, em meio às condutas e às declarações estatais, aqueles aspectos que serão relevantes para a investigação e descrevê-los em termos gerais; 3) após esse exercício de abstração, comparar os aspectos identificados no passo anterior com os aspectos da regularidade divisada no primeiro passo; e 4) sopesar os atos ou os pronunciamentos estatais que se adequaram à regularidade com aqueles que não se adequaram, para constatar quão difundida é a prática sob exame²⁶⁹. A conclusão de Blutzman não deve causar espanto, pois o que o jurista está dizendo é que, basicamente, toda observação da realidade (*in casu*, uma observação do plano internacional visando a detectar

²⁶⁵ KELLY, Patrick. Op. cit. p. 503.

²⁶⁶ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 436.

²⁶⁷ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 127.

²⁶⁸ BLUTZMAN, László. Op. cit. p. 543.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 544.

padrões de conduta entre os Estados) é, na verdade, uma *interpretação* da realidade e, portanto, é parcialmente subjetiva. Como resultado, a prática internacional, se antes era encarada como um elemento indiscutivelmente objetivo do costume internacional, acaba ganhando um verniz subjetivo: ela é um construto mental tanto para um Estado que deseja verificar se existe alguma norma internacional costumeira a ser seguida quanto para um observador externo (e.g., um juiz de uma corte internacional) que precisa determinar a existência da referida norma.

General practice conceived as mental construct may shed a different light on its relationship to acceptance or *opinio juris* as mental act and mental state. What is clear is that, since general practice is not a given state of affairs, it is the agent of acceptance (for example, the actor state) that will work up the object (propositional content) of acceptance. Furthermore, if an observer (international court) refers to general practice, it will be the observer itself who, *ex post facto*, retrospectively constructs this general practice as part of a justificatory process related to the existence of a customary norm.²⁷⁰

Eis o primeiro problema que a teoria discursiva do costume internacional, apresentada no Capítulo 5 desta dissertação, tentará resolver.

3.2 O elemento subjetivo: a *opinio juris*

Assim como o elemento (supostamente) objetivo, o requisito subjetivo ou psicológico do direito internacional costumeiro nem de longe está isento de controvérsias.

The precise definition of... the psychological element in the formation of custom, the philosopher's stone which transmutes the inert mass of accumulated usage into the gold of binding legal rules, has probably caused more academic controversy than all the actual contested claims made by States on the basis of alleged custom, put together.²⁷¹

De início, expõe-se o debate sobre a natureza do elemento subjetivo.

3.2.1 A natureza do elemento subjetivo: vontade ou crença?

Em essência, a questão da natureza do elemento subjetivo gira em torno da dicotomia entre crença (ou *opinio juris*) e vontade (ou consentimento)²⁷². Em outras palavras, o aspecto psicológico tanto pode referir-se a algo que os Estados sabem ou em que acreditam – algo que

²⁷⁰ Ibid., p. 545.

²⁷¹ *Apud* MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 248.

²⁷² Koskenniemi identifica outras posições: KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 415 *et seq.* Outrossim, na seção 3.3, dentro da chamada teoria moderna do costume internacional, serão apresentados entendimentos que se distanciam da dualidade tradicional envolvendo crença e vontade.

já existe no mundo – quanto pode ser concebido como uma *voluntas* consciente e criadora – voltada para algo que *ainda* está por existir no mundo. A primeira abordagem é denominada declaratória; a segunda, constitutiva. A visão declaratória postula que o costume internacional nasce independentemente de qualquer vontade individual, de modo que o elemento subjetivo somente intervém para tornar o direito conhecido e não para criá-lo; conforme essa concepção, a *opinio juris* é um efeito e não uma causa da obrigação jurídica. Por seu turno, a perspectiva constitutiva assenta a norma costumeira na vontade estatal e nega-lhe qualquer existência que seja independente dessa vontade; à luz dessa ótica, o aspecto psicológico é o que fundamenta o caráter vinculante da obrigação jurídica²⁷³.

Não é de surpreender que a tese constitutiva, que entrevê o elemento subjetivo como sinônimo de *voluntas*, esteja atrelada à teoria voluntarista acerca dos fundamentos do direito internacional consuetudinário²⁷⁴. Em sua versão extrema, essa posição requer que cada Estado, singularmente, concorde com determinada regra costumeira para que ela o obrigue. Entretanto não é essa a conclusão que prevalece entre os voluntaristas²⁷⁵, e – como visto na seção 3.1.5.2 – a jurisprudência da CIJ tampouco abaliza esse entendimento. O mais comum é que apenas alguns entes estatais demonstrem, ao participar de certa prática, que nela consentem. A grande maioria restante limita-se a reagir passivamente, por falta de interesse ou de condições, ou, até, por desconhecer que há um costume internacional em formação; a passividade é considerada, *in casu*, uma espécie de aquiescência ou de consentimento tácito²⁷⁶. Sem embargo, para certos autores, essa noção de silêncio aquiescente só se aplica a Estados especialmente afetados pela norma consuetudinária emergente, visto que só eles têm – ou deveriam ter – conhecimento do processo costumeiro em curso: se não protestarem, é como se implicitamente o aceitassem²⁷⁷. Essa ficção do consentimento tácito, porém, não explica satisfatoriamente como países recém-surgidos podem ver-se vinculados por costumes internacionais preexistentes a sua aparição no cenário internacional, já que eles não teriam tido a oportunidade de aquiescer a essas normas, nem mesmo presumidamente. Em consequência, recorre-se à concepção de que os novos Estados, para integrarem a sociedade internacional, devem acatar certas regras essenciais – às vezes chamadas regras secundárias, na esteira de Herbert L. A. Hart – concernentes ao próprio funcionamento do direito

²⁷³ Ibid., p. 418.

²⁷⁴ V. seção 2.1.2.1.

²⁷⁵ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 533.

²⁷⁶ STRUPP, Karl. Op. cit. p. 272-275.

²⁷⁷ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 257. Mendelson adota posicionamento ainda mais cauteloso, ao propugnar que somente são capazes de aquiescer os entes estatais com efetiva ciência do costume internacional em desenvolvimento (loc. cit.).

internacional, como, *e.g.*, as que regem a produção e a mudança do costume internacional²⁷⁸. A complicação óbvia é que, devido ao emprego desses raciocínios, a ótica constitutiva do elemento subjetivo se distancia mais e mais de sua *raison d'être*, a saber, o prestígio conferido à vontade estatal.

In short, the voluntarist theory has great difficulty in explaining how it is that, without any manifestation by them of consent, inactive and unaffected States, new States and those new to an activity, all find themselves bound by general customary rules. It tries to overcome these obstacles by the use of legal fictions of a rather unconvincing kind, and one is entitled to ask whether, that being so, the theory has any use.²⁷⁹

Parte da jurisprudência da CPJI e da CIJ parece aderir ao voluntarismo, a exemplo do trecho do caso *Lotus* (1927), citado na seção 2.1.4, no sentido de que as normas internacionais compelem os Estados porque “emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law”²⁸⁰. Essa mesma interpretação vale para julgados que lidam com costumes particulares ou com exceções a um costume geral, como, *e.g.*, os contenciosos *Asilo* (1950)²⁸¹, *Pescarias anglo-norueguesas* (1951)²⁸² e *Direito de passagem sobre território indiano* (1960)²⁸³.

Não obstante, a abordagem declaratória do elemento subjetivo, que o define como uma crença, a *opinio juris*, também encontra respaldo em precedentes da Corte da Haia – inclusive, em maior número. No caso *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a CIJ, analisando as evidências apresentadas pela Holanda e pela Dinamarca ao proporem sua tese de que uma nova regra consuetudinária de Direito do Mar surgira, observou que:

even if these instances... were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice to constitute the *opinio juris*; — for, in order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the

²⁷⁸ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 144.

²⁷⁹ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 261.

²⁸⁰ PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 18.

²⁸¹ ICJ. **Asylum (Colombia/Peru)**, Judgment of 20 November 1950, p. 276-278.

²⁸² ICJ. **Fisheries (United Kingdom v. Norway)**, Judgment of 18 December 1951, p. 136-139.

²⁸³ ICJ. **Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)**, Judgment of 12 April 1960, p. 39-40.

Nesse caso, contudo, Mendelson atenta para a ambiguidade presente na linguagem da Corte da Haia, ao falar em “acceptance as law” (MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 251). No mesmo sentido, bem como criticando outros julgados: KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 419.

acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty²⁸⁴.

Outras menções, diretas ou indiretas, ao conceito de *opinio juris* podem ser percebidas nos julgados *Plataforma continental* (1985)²⁸⁵, opondo Líbia e Malta, e *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986)²⁸⁶, bem como na opinião consultiva *Legalidade da ameaça de uso ou do uso de armas nucleares* (1996)²⁸⁷. Ainda em prol da tese declaratória, reitera-se que a CPJI e a CIJ nunca perquiriram se os litigantes exprimiram sua aceitação ou seu consentimento quanto a norma costumeira *sub examine*²⁸⁸. Outrossim, ressalte-se que, no próprio caso *Lotus* (1927), foi rejeitado o argumento da França de que a relativa ausência de processos penais contra a tripulação de navios estrangeiros que houvessem sofrido colisão em alto-mar indicava a existência de um costume internacional delimitando a jurisdição criminal dos Estados nessas situações; para tanto, a CPJI esclareceu que: “only if such abstention were based on [States] being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of na international custom”²⁸⁹; mesmo aí é possível entrever, portanto, a ideia de que uma crença na obrigatoriedade da conduta deve estar subjacente a uma prática internacional a fim de que ela se revista de feição consuetudinária.

Também na doutrina, apesar do vigoroso apego de juristas voluntaristas à abordagem constitutiva do elemento subjetivo, prevalece a perspectiva declaratória, que assumiu o *status* de ortodoxia²⁹⁰. Muito embora alguns autores tracem as origens da expressão *opinio juris sive necessitatis* até o Direito Romano²⁹¹, Mendelson remarca que, depois de pesquisa não de todo exaustiva às fontes romanas, não a encontrou nesses textos²⁹². O mais comum é identificar seu precursor em François Gény, em seu *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*

²⁸⁴ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 44, § 77. V. também: *ibid.*, p. 41, § 71.

²⁸⁵ ICJ. **Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)**, Judgment of 3 June 1985, p. 29-30, § 27.

²⁸⁶ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 97-101 e 108-110, §§ 183-185, 188-189, 191, 206-207 e 211.

²⁸⁷ ICJ. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Advisory Opinion of 8 July 1996, p. 253-255, §§ 64-73.

²⁸⁸ V., entre outros julgados: ICJ. **Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)**, Judgment of 6 April 1955, p. 12-26. ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**, Judgment of 5 February 1970, p. 42-48. Na CPJI: PCIJ. **S.S. “Wimbledon”**, Judgment of 17 August 1923, p. 26-28.

²⁸⁹ PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 28. Em contrapartida, na página seguinte do julgado, faz-se referência à noção de consentimento tácito (*ibid.*, p. 29).

²⁹⁰ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 532.

²⁹¹ BEDERMAN, David J. **Custom as a Source of Law**. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 138.

²⁹² MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 268.

(1899)²⁹³, mas excertos da frase latina ou de algo parecido com ela também podem ser divisados em escritos da Escola Histórica alemã²⁹⁴, entre o final do século XVIII e o começo do XIX²⁹⁵. Primordialmente, por conseguinte, a *opinio juris* estava associada à ideia de espírito do povo, explicitado na história e na cultura nacionais²⁹⁶. No entanto, a partir do momento em que foi atrelada ao ideário doutrinário-jurisprudencial sobre o costume internacional, a expressão veio a adquirir sentido menos romântico e mais técnico.

A frase latina *opinio juris sive necessitatis* significa, literalmente, “crença (ou opinião) de direito ou de necessidade”. Mendelson salienta que, em razão da artificialidade da fórmula, sua tradução deixa muito a desejar²⁹⁷. Sem embargo, o conceito implica que, para a formação de uma norma costumeira, determinada prática internacional deve ser tida pelos Estados como obrigatória porque o direito assim prevê – e não por cortesia, por um senso de moralidade, por medo de retribuição, por conveniência política ou por qualquer outro motivo extralegal. Nesse ponto jaz uma das utilidades práticas da *opinio juris*: qualificar ou desqualificar certa conduta como apta a contribuir para a gênese do direito internacional consuetudinário. Adicionalmente, é o elemento subjetivo que auxilia a distinguir o comportamento juridicamente relevante – *i.e.*, que merece ser tutelado pelo direito – do juridicamente irrelevante²⁹⁸.

A CPJI valeu-se – e a CIJ tem-se valido – da *opinio juris*, por exemplo: a) para discernir omissões decorrentes de mera indiferença – ou de qualquer outro fator não jurídico – daquelas impostas por um dever negativo, *i.e.*, por uma obrigação de não fazer, para denegar a existência de certas normas limitadoras do exercício da jurisdição penal dos Estados (caso

²⁹³ V. seção 2.1.3.2.

²⁹⁴ V. seção 2.1.3.1.

²⁹⁵ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 268. KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 415. BYERS, Michael. Op. cit. p. 139.

²⁹⁶ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 415.

²⁹⁷ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 268-269. “It is quite common to dress up legal maxims and the like in Roman robes in order to give them an air of respectability, though only too often the toga can muffle thought. In this case, the robes seem not even to be genuine, and it is submitted that the linguistic incoherence of the phrase *opinio juris sive necessitatis* reflects a certain incoherence of the thought behind it.” (Loc. cit.)

²⁹⁸ Eis o exemplo de Mendelson: “sending condolences on the death of a head of State. (It might seem inevitable that these rules of etiquette should not be considered legally obligatory; but given the importance which has been attached to protocol in other times and other societies, it is not entirely axiomatic.) If forced to explain why these practices amount merely to comity (*i.e.* are not legally binding), we would probably say that it is generally believed in the international community that they do not give rise to legal obligations (a sort of *opinio non juris*), or — to put it differently — no-one *claims* performance of these duties as a matter of legal right. But the truth is that the absence of legal obligation in such a context is today regarded as self-evident, just as, in municipal law, social invitations are treated as self-evidently not a matter for legal regulation” (ibid., p. 272).

Lotus, 1927²⁹⁹) e para rechaçar a tese de que o uso de armas nucleares seria proibido pelo direito internacional (*Legalidade da ameaça de uso ou do uso de armas nucleares*, 1996³⁰⁰); b) para entender que, quando Estados adjacentes celebram tratados bilaterais para delimitar suas plataformas continentais e preveem, no texto convencional, o princípio da equidistância, isso não sugere necessariamente que esse último é percebido como obrigatório pelos entes estatais, que, na realidade, podem ter preferido essa solução simplesmente porque se revelava a mais conveniente (*Plataforma continental do Mar do Norte*, 1969³⁰¹); e c) para compreender que, quando a conduta estatal viola a vedação ao uso da força e o princípio da não intervenção em assuntos internos, isso não sinaliza que os Estados estejam tentando produzir, mediante seu comportamento desviante, um novo costume internacional a respeito (*Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, 1986³⁰²).

²⁹⁹ “Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, as will presently be seen, there are other circumstances calculated to show that the contrary is true.” (PCIJ. **The Case of the S.S. “Lotus”**, Judgment of 7 September 1927, p. 28)

³⁰⁰ “Some other States, which assert the legality of the threat and use of nuclear weapons in certain circumstances, invoked the doctrine and practice of deterrence in support of their argument. They recall that they have always, in concert with certain other States, reserved the right to use those weapons in the exercise of the right to self-defence against an armed attack threatening their vital security interests. In their view, if nuclear weapons have not been used since 1945, it is not on account of an existing or nascent custom but merely because circumstances that might justify their use have fortunately not arisen.” (ICJ. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Advisory Opinion of 8 July 1996, p. 254, § 66)

³⁰¹ “[The] position is simply that in certain cases – not a great number – the States concerned agreed to draw or did draw the boundaries concerned according to the principle of equidistance. There is no evidence that they so acted because they felt legally compelled to draw them in this way by reason of a rule of customary law obliging them to do so – especially considering that they might have been motivated by other obvious factors.” (ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 44-45, § 78)

³⁰² “The significance for the Court of cases of State conduct *prima facie* inconsistent with the principle of non-intervention lies in the nature of the ground offered as justification. Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law. In fact however the Court finds that States have not justified their conduct by reference to a new right of intervention or a new exception to the principle of its prohibition. The United States authorities have on some occasions clearly stated their grounds for intervening in the affairs of a foreign State for reasons connected with, for example, the domestic policies of that country, its ideology, the level of its armaments, or the direction of its foreign policy. But these were statements of international policy, and not an assertion of rules of existing international law.

“208. In particular, as regards the conduct towards Nicaragua which is the subject of the present case, the United States has not claimed that its intervention, which it justified in this way on the political level, was also justified on the legal level, alleging the exercise of a new right of intervention regarded by the United States as existing in such circumstances. As mentioned above, the United States has, on the legal plane, justified its intervention expressly and solely by reference to the ‘classic’ rules involved, namely, collective self-defence against an armed attack. Nicaragua, for its part, has often expressed its solidarity and sympathy with the opposition in various States, especially in El Salvador. But Nicaragua too has not argued that this was a legal basis for an intervention, let alone an intervention involving the use of force.” (ICJ. **Military and**

Por fim, cabe assinalar que houve ensaios de conciliação entre as óticas constitutiva e declaratória do elemento subjetivo do direito internacional costumeiro. Esses posicionamentos conciliadores buscam explicar a emergência de uma regra consuetudinária como um processo gradual em que o aspecto psicológico se transmuta. De início, a prática é motivada tão só pela vontade política dos Estados – a *opinio necessitatis* –, que, paulatinamente, se solidifica como *opinio juris* – a crença de que a referida regularidade de conduta se transformou em direito. É o raciocínio endossado, por exemplo, por G. J. H. van Hoof, para quem a consolidação de um costume internacional passa por três estágios: no primeiro, uma prática internacional delinea o conteúdo da norma futura; no segundo, as autoridades estatais passam a enxergar a conduta mencionada como obrigatória; e, no terceiro, aparecem manifestações externas que denotam que o costume se tornou aceito de maneira generalizada³⁰³. Não obstante, como bem observa Koskenniemi, essas reformulações teóricas não resolvem nenhum problema, porque ainda se mostram incapazes de esclarecer como se dá a transformação da *opinio necessitatis*, de caráter político, em *opinio juris*, de cunho jurídico. Além disso, quando se conciliam as perspectivas constitutiva e declaratória, confunde-se num mesmo elemento subjetivo a visão (de dever-ser, *de lege ferenda*) de que certo comportamento deve vir a ser prescrito pelo direito e a crença (ligada ao plano do ser) de que esse mesmo comportamento já integra o direito³⁰⁴. “Speaking of different stages only puts into another vocabulary the fundamental issue, namely the transition from ‘ought’ to ‘is’.”³⁰⁵

A despeito dessas propostas revisionistas, reafirme-se que a posição dominante é a que conceitua o aspecto psicológico do direito internacional consuetudinário como uma crença – a *opinio juris*. Essa concepção esbarra, todavia, em alguns desafios.

3.2.2 Problemas que a noção de *opinio juris* suscita

3.2.2.1 O paradoxo temporal

O primeiro problema suscitado pela *opinio juris* é conhecido como paradoxo temporal ou cronológico. É que, se a *opinio juris* corresponde à crença na exigibilidade de uma

Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 109, §§ 207-208

³⁰³ HOOFF, G. J. H. van. Op. cit. p. 93-97.

³⁰⁴ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 421-423. “The categories of will and knowledge are, in it, fundamentally different. Their separation reflects the separation – indeed opposition – of what is subjective and what objective. An object of will exists merely by virtue of having been willed. And, of course, anybody can will anything. An object of knowledge, however, has an existence independent from the process of knowing itself.” (Ibid., p. 422)

³⁰⁵ Ibid., p. 423.

conduta, ela não pode estar presente num costume internacional ainda em gestação, sob pena de confundir-se o que *já é* norma com o que *virá a ser* norma. Mais grave é a situação daqueles primeiros Estados cuja prática propiciou o nascimento de uma nova regra internacional costumeira: tecnicamente, a obrigação ainda não existe para eles, não é real e sim putativa – ou seja, eles não seguem determinada conduta porque ela é efetivamente obrigatória, mas sim porque acreditam erroneamente que ela é obrigatória³⁰⁶. Na crítica de Michael Byers: “it is inconceivable that an entire legal process... could be based on a persistent misconception”³⁰⁷.

At the very least, this should be a theory of the last resort. In the first place, it requires us to accept the unpalatable conclusion that international law is based on a series of persistent errors. More damagingly, it requires us to accept the implausible conclusion that a consensus of states could make such mistakes about the law.

[...] If we accept the orthodox understanding of *opinio*, and allow false belief to count, beliefs about CIL [customary international law] seem to be rather odd creatures. There would be, for instance, no clear distinction between having a true belief about [Customary International Law] and having a false one.³⁰⁸

Em contrapartida, se for rejeitado esse raciocínio de que crenças errôneas estão por detrás da gênese do direito internacional costumeiro, um problema correlato apresenta-se. É que, como remarca Daniel Harold Levine, uma crença – na correta acepção do termo – é um

³⁰⁶ “Gény concludes that at the source of the formation of custom, there must be an erroneous belief on the part of those who are the creators of custom that they are already legally bound by the very rule which they are in the process of creating: ‘an error seems at least at the beginning of a usage a *sine qua* condition for the conviction that such usage is binding...’” (ApuD KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 534) Ou, na formulação do *Restatement of the Law (Third)* dos EUA: “[there] have been philosophical debates about the very basis of the definition [of customary law]: how can practice build law? Most troublesome conceptually has been the circularity in the suggestion that law is built by practice based on a sense of legal obligation: how, it is asked, can there be a sense of legal obligation before the law from which the legal obligation derives has matured?” (US. **Restatement of the Law (Third)**: The Foreign Relations Law of the United States. 1987. § 102). Daniel Harold Levine explica que uma crença errônea – como a que decorre do paradoxo temporal gerado pela noção de *opinio juris* – não pode ser chamada de crença. É que a crença, ao contrário do desejo, enxerga o mundo (a realidade objetiva) exatamente como ele (ela) é. É a crença que deve adaptar-se ao mundo (à realidade objetiva), e não o mundo (a realidade objetiva) que deve adaptar-se à crença; afinal, se a crença passasse a exigir que o mundo (a realidade objetiva) se amoldasse a seu conteúdo, ela acabaria confundindo-se com a noção de desejo. “I would also point out that allowing false belief to constitute *opinio* would seem to make a muck of the whole notion of belief. One way of describing the chronological paradox is in terms of the notion of ‘directions of fit.’ Some mental states are characterized by the requirement that they be revised to fit the world, and some by the requirement that the world be revised to fit them. The canonical examples are belief and desire. If I am not willing to revise my beliefs in light of things I learn about the world, then they are not beliefs (they may be hopes, wishes, dreams, etc). Similarly, if I am not willing to act so as to revise the world in accord with my desires, they are not really desires (again, they may be hopes, daydreams, etc).” (LEVINE, Daniel Harold. **The Chronological Paradox in Customary International Law (Or, the Virtue of Sloppy Timing in a Messy World)**. Dissertation submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Washington D.C., March 4, 2005. p. 29)

³⁰⁷ BYERS, Michael. Op. cit. p. 131.

³⁰⁸ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 28-30.

estado mental sempre realista e jamais idealista, porque se dirige a algo que já existe no mundo e não a algo que virá a existir³⁰⁹. Para que se possa dizer que uma crença quanto a determinado estado de coisas é verdadeira, esse estado de coisas deve ser uma realidade já consolidada. Nesse sentido, se, no momento da formação de uma norma costumeira, os Estados já percebem (acertada e não equivocadamente) a prática envolvida como juridicamente obrigatória, isso significa que, antes dessa percepção, ela já era juridicamente obrigatória. Como todo costume depende da crença de que o direito internacional exige a conduta por ele prescrita, todo costume, invariavelmente, já teria de fazer parte do direito internacional preexistente – e, em consequência, nenhum costume efetivamente novo poderia surgir. Em decorrência, a visão declaratória do elemento subjetivo, porque se pauta na *opinio juris*, tem dificuldade em explicar o nascimento de uma nova regra consuetudinária; por extensão, também não consegue esclarecer como o costume internacional se transforma ao longo do tempo, como se verá a seguir.

3.2.2.2 O problema da mudança do costume internacional

Conceber o aspecto psicológico do direito internacional costumeiro como uma crença também resulta em complicações quando se busca racionalizar o processo de modificação das normas consuetudinárias. Cuida-se de problemas de duas ordens: um de coerência lógica e o segundo de coerência normativa. Pelo primeiro, tem-se que, quando um Estado não se adéqua a determinada regra costumeira porque, com sua conduta desviante, visa a dar início à criação de um novo costume internacional, diverso daquele que já está em vigor, é evidente que esse ente estatal não procede com base na *opinio juris*, *i.e.*, na crença de que seu comportamento é juridicamente obrigatório. Afinal, ao tentar mudar a referida norma consuetudinária adotando uma prática distinta daquela que consta na previsão normativa, esse Estado está, na verdade, violando o costume internacional vigente, no intuito de alterá-lo. Em consequência, como se trata de uma conduta violadora, não se pode dizer que ela decorre da *opinio juris* – e se a ação

³⁰⁹ Ibid., p. 87. László Blutzman igualmente empreende um estudo aprofundado da *opinio juris* como crença. O autor diferencia a atitude cognitiva contida no verbo crer daquela presente em outras expressões que também designam estados mentais, como assumir, esperar, imaginar e estar convicto. Uma crença não exprime um ato de vontade e sim certo grau de confiança quanto à veracidade de determinada proposição – como, por exemplo, a ideia de que, devido à existência de um costume internacional nesse sentido, a norma X exige que os Estados adotem o comportamento Y. Crer em algo tampouco equivale a estar certo de algo (“[belief] and *opinio juris* have an air of epistemological uncertainty and come in degrees”). Outrossim, a noção de crença não tem o mesmo valor semântico que a de desejo (“[a] desire remains a desire, even in spite of its generality, but how and when will a general desire turn into a legal rule?”) ou que a de senso – *in casu*, senso de obrigatoriedade jurídica (“[*opinio juris*] as belief is not a ‘sense of legal obligation’ (or a feeling of legal obligation), because having a sense of something is not believing something”) (BLUTZMAN, László. Op. cit. p. 538-543).

estatal não se funda nesse elemento subjetivo, não pode ser criadora de uma norma costumeira tampouco³¹⁰.

Quanto ao segundo desafio, a incoerência normativa, deriva do fato de que, se a única forma de promover a transformação do direito internacional consuetudinário em vigor é desgastá-lo por meio de sucessivas violações, como fica o respeito ao princípio internacional contido na máxima *ex injuria jus non oritur* (“atos injustos não podem criar o direito”)? É no mínimo estranho supor que um Estado violador possa, eventualmente, ser recompensado pela violação cometida, já que há a possibilidade de que sua prática desviante acabe consolidando-se num novo costume internacional³¹¹. Uma das respostas para esse imbróglio é a sugestão de que “not all deviation need be *contra legem* but... may fit within the general and abstract formulation of the old rule. A new custom may start ‘alongside the law’ and only gradually encroach on the old law’s domain.”³¹² O problema é que a conceituação da *opinio juris* como crença não oferece critérios para discernir quando um desvio é meramente violador e quando é inovador, ou seja, criador de um novo direito internacional costumeiro.

Espera-se que a teoria discursiva do costume internacional, a ser proposta no Capítulo 5, seja capaz de enfrentar os dois desafios mencionados: o paradoxo temporal e a dificuldade da doutrina clássica em explicar a mudança das normas consuetudinárias.

3.3 Monismo e dualismo

Para finalizar, aponte-se que a combinação dos elementos objetivo e subjetivo também tem suscitado querelas. László Blutzman distingue entre os autores monistas – para quem o costume internacional é composto por um só elemento, objetivo ou subjetivo, ainda que essa visão não esteja em consonância com a literalidade do art. 38 do Estatuto da CIJ – e os dualistas – que propugnam uma concepção bipartida, com um elemento subjetivo aduzido a outro objetivo³¹³.

O monismo objetivista, pautado apenas no aspecto material, foi sustentado por Kelsen, em parte como tentativa de superar o paradoxo temporal decorrente da *opinio juris*, em parte pela impossibilidade de sua prova. O problema é que, ao afastar-se o elemento subjetivo, toda e qualquer prática se torna geradora de um costume internacional. Afinal, vale lembrar que é a *opinio juris* que orienta a diferenciação entre condutas costumeiras e as de mera cortesia, bem

³¹⁰ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 280-282.

³¹¹ KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia... p. 453.

³¹² Loc. cit.

³¹³ BLUTZMAN, László. Op. cit. p. 530-531.

como entre o comportamento juridicamente relevante e o juridicamente irrelevante. À falta de um aspecto psicológico que promova essas distinções, todos os atos estatais passam a sujeitar-se, potencialmente, à regulação consuetudinária – e se toda ação pode ser produtora do direito, então nenhuma ação pode ser considerada contrária ao direito³¹⁴. Outros autores que se filiam à posição monista objetivista são Paul Guggenheim e Lazare Kopelmanas³¹⁵. Mendelson, por seu turno, pode ser qualificado como monista moderado, porque não dispensa a comprovação do elemento subjetivo em todos os casos. Para ele, se a prática internacional for consistente, densa e representativa o suficiente, a *opinio juris* pode ser presumida, e apenas quando os atos estatais se revelarem excessivamente ambíguos é que o elemento subjetivo tem algum papel a desempenhar. Conforme o jurista, esse posicionamento de que a prova da *opinio juris* só seria necessária excepcionalmente, em *hard cases*, tem sido, inclusive, adotado pela CIJ³¹⁶.

O monismo subjetivista é representado, por exemplo, por Bin Cheng, autor da tese do costume internacional instantâneo. Para ele, uma norma costumeira pode originar-se de forma acelerada, mesmo sem qualquer prática internacional que lhe preste suporte. É o que, segundo o jusinternacionalista, se teria passado com o direito espacial, que, inicialmente, emergiu de resoluções da AGNU a respeito do tema³¹⁷. Em sua opinião dissidente na segunda fase do caso *Sudoeste Africano* (1966), o juiz Tanaka observou que:

[a] State, instead of pronouncing its view to a few States directly concerned, has the opportunity, through the medium of an organization, to declare its position to all members of the organization and to know immediately their reaction on the same matter. In former days, practice, repetition and *opinio juris sive necessitatis*, which are the ingredients of customary international law might be combined together in a very long and slow process extending over centuries. In the contemporary age of highly developed techniques of communication and information, the formulation of a custom through the medium of international organizations is greatly facilitated and accelerated³¹⁸.

Não obstante, entender que um costume internacional pode surgir com rapidez não é o mesmo que postular a instantaneidade de sua formação. Recorde-se que, no litígio *Plataforma continental do Mar do Norte* (1969), a Corte da Haia remarcou que, conquanto o requisito temporal para a consolidação de uma regra consuetudinária pudesse ser flexibilizado, *alguma*

³¹⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia...* p. 411-413. Como relata Mendelson, eventualmente Kelsen voltou atrás em sua tese e reintroduziu um elemento subjetivo (MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 290).

³¹⁵ Citados em loc. cit.

³¹⁶ Ibid., p. 285 *et seq.*

³¹⁷ CHENG, Bin. Op. cit. p. 45.

³¹⁸ ICJ. **South West Africa (Ethiopia v. South Africa)**, Judgment of 18 July 1966, Second Phase, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p. 291.

passagem de tempo ainda era exigida³¹⁹. Por esse motivo, a teoria de Cheng foi amplamente criticada³²⁰.

Como alternativa a esse monismo subjetivista extremado, despontam os defensores do chamado costume moderno, como Bruno Simma, Philip Alston, Richard B. Lilich e Theodor Meron. A abordagem desses juristas concentra-se no direito internacional consuetudinário em matéria de direitos humanos. Devido à especial relevância dos valores envolvidos nessa seara, a tese do costume moderno é mais normativa e menos materialista, conferindo prevalência ao elemento subjetivo³²¹. Figuram, aí, propostas bastante inovadoras, como a de John Tasioulas. Para ele, a *opinio juris* pode ser dividida em duas espécies, uma relativa à manutenção de uma norma costumeira ao longo do tempo e a outra referente à criação ou à revisão de um costume internacional. Essa segunda expressão da *opinio juris* avalia quão desejável é o surgimento de uma nova regra consuetudinária, tendo em vista o grau de justificação ética da regularidade de conduta *sub examine*³²². Outra formulação é a de Frederic L. Kirgis, para quem “the elements of custom [are] not [regarded] as fixed and mutually exclusive, but as interchangeable along a sliding scale”³²³. Nesse sentido, uma prática internacional frequente e consistente pode gerar um costume internacional independentemente da prova da *opinio juris*. Todavia, conforme a frequência e a consistência da conduta averiguada diminuem, maior se torna a necessidade de comprovação do aspecto psicológico. No outro extremo, se a *opinio juris* for evidente, uma norma costumeira pode emergir mesmo na ausência de uma prática internacional frequente e consistente. A exata medida do intercâmbio entre o elemento objetivo e o subjetivo depende de uma aferição do quanto a regra consuetudinária emergente é eficaz na promoção de certos objetivos do direito internacional, como paz, direitos humanos, proteção ambiental e assim por diante³²⁴.

Todas essas perspectivas são minoritárias, uma vez que a visão dominante na doutrina é a dualista. Por essa abordagem, não se privilegia nem o aspecto material, nem o psicológico. Eis o denominado teste ortodoxo, em que se examinam tanto a prática internacional quanto a presença de *opinio juris*. A complicação dessa metodologia reside, porém, no delineamento

³¹⁹ ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, p. 42, § 73.

³²⁰ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 157-158.

³²¹ Ibid., p. 149-150.

³²² TASILOULAS, John. Customary International Law and the Quest for Global Justice. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard. **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 322-323.

³²³ KIRGIS, Frederic L. Custom on a Sliding Scale. **American Journal of International Law**, v. 81, p. 146, 1987.

³²⁴ Ibid., 149.

das fronteiras entre ambos os elementos constitutivos do costume internacional; afinal, há juristas que, assim como a CIJ³²⁵, entendem que a prática internacional – que denota a materialidade do direito internacional costumeiro e, portanto, consigna seu elemento objetivo – pode também servir de evidência para o elemento subjetivo, a *opinio juris*³²⁶. A bem da verdade, de um ponto de vista pragmático, não faz muita diferença se determinado ato é tido como prova do aspecto material ou do psicológico. Em contrapartida, quando se considera o quesito da coerência teórica, essa indistinção entre os elementos objetivo e subjetivo pode enfraquecer o teste ortodoxo, deixando-o mais vulnerável a críticas.

3.4 Conclusões do Capítulo 3

À luz do exposto, destacam-se quatro problemas que a teoria discursiva do costume internacional, objeto do Capítulo 5, tentará resolver: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário; b) o paradoxo temporal; c) a incapacidade do teste ortodoxo de racionalizar como nascem novas normas costumeiras ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do costume internacional – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*.

³²⁵ Por exemplo, no que concerne às resoluções da AGNU, a Corte da Haia qualifica-as ora como prática internacional, ora como evidência de *opinio juris*, como ocorreu no caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**), Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 99-100, § 188).

³²⁶ BLUTMAN, László. Op. cit. p. 531. Como solução para essa dificuldade, alguns doutrinadores propuseram que as declarações estatais, orais ou por escrito, consistiriam meramente em prova da *opinio juris* e que, em consequência, deveriam ser excluídas da prática dos Estados, que seria formada apenas por atos ou por omissões físicas. Essa é a posição do chamado dualismo exclusivista. Não obstante, a maioria dos dualistas não aceita semelhante diferenciação, apontando que a prática interestatal deve abranger tanto condutas propriamente ditas quanto atos de fala (ibid., p. 531-532). Essa celeuma foi o cerne da clássica discussão, acima exposta, entre Anthony D’Amato, exclusivista, e Michael Akehurst, inclusivista (KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 525-526).

4 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO COSTUME INTERNACIONAL

Como restou demonstrado até aqui, uma revisão das teorias clássicas e dos debates doutrinários acerca do direito internacional costumeiro não traz conclusões satisfatórias. Em primeiro lugar, no Capítulo 2, expôs-se que as perspectivas dedutivas e indutivas sobre os fundamentos do costume internacional apresentam deficiências, sejam elas mais específicas – como, por exemplo, a dificuldade do voluntarismo em admitir a possibilidade de que certas normas costumeiras obriguem um Estado contra sua vontade, ou, ainda, o subjetivismo e a parcialidade de que podem ser acusadas as teses jusnaturalistas –, sejam mais gerais – como, *e.g.*, as críticas que podem ser dirigidas à ficção do *pactum tacitum* ou do consentimento inferido, que nada mais são do que recursos adotados para conformar o fenômeno consuetudinário às premissas da autolimitação estatal, ou, simultaneamente, o denso grau de abstração que permeia as óticas baseadas no método dedutivo. Em síntese, tanto o consentimento quanto o direito natural – que são os fundamentos mais ilustrativos das teorias clássicas sobre o direito internacional costumeiro – têm imperfeições e mostram-se insuficientemente desenvolvidos do ponto de vista teórico³²⁷.

Em segundo lugar, no Capítulo 3, sublinhou-se a variedade de pensamento existente, na doutrina e na jurisprudência, quanto à conceituação e aos elementos constitutivos do costume internacional. Cada jusinternacionalista parece selecionar tão só aqueles casos que corroboram o entendimento por ele defendido sobre as normas consuetudinárias. Por seu turno, muitas vezes, para racionalizar suas decisões, juízes e árbitros internacionais filtram, entre os vários critérios e os vários argumentos constantes dos manuais que versam sobre o direito internacional costumeiro, apenas aqueles que lhes convêm³²⁸. Esse dissenso é mitigado porque, aparentemente, em meio à pluralidade de posições a respeito, desponta uma que é majoritária, denominada, no capítulo anterior, de teste ortodoxo. Não obstante, persiste alguma sensação de desordem e de cacofonia – e nenhuma teoria denotou-se capaz de acomodar essa miríade de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao costume internacional.

Em terceiro lugar, viu-se que o próprio teste ortodoxo, embora largamente aceito, não está isento de problemas. Entre eles, figura o chamado paradoxo temporal, indicado no Capítulo 3. Cabe enunciá-lo novamente. Ele decorre da concepção majoritária acerca da *opinio juris*, consistente na crença de que determinada prática internacional (*i.e.*, uma

³²⁷ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 117.

³²⁸ PERREAU-SAUSSINE, Amanda. Op. cit. p. 254.

regularidade de conduta) *já* é direito; porém, para que essa crença seja sempre verdadeira, todo costume, ao começar a ser observado, deve *já* fazer parte do direito preexistente – o que significa que nenhum costume efetivamente novo pode surgir. Nesse passo, vale reafirmar uma das conclusões alcançadas anteriormente: o teste ortodoxo não é capaz de explicar, satisfatoriamente, o nascimento de uma nova norma costumeira e, por extensão, tampouco consegue esclarecer como o direito internacional consuetudinário sofre mutação ao longo do tempo. Outrossim, recorde-se que, à luz da doutrina tradicional, a prática internacional – um dos requisitos das normas costumeiras – é considerada um aspecto objetivo. Sem embargo, como aponta László Blutman, a avaliação da prática internacional demanda que o analista realize diversas operações mentais a fim de interpretar os fatos relevantes; portanto, cuida-se de elemento subjetivo, assim como a *opinio juris*³²⁹.

Esta dissertação visa a propor uma teoria que explique a gênese e a transformação do costume internacional como processos intersubjetivos. A abordagem a ser construída pautar-se-á em perspectivas da Teoria das Relações Internacionais e da Linguística e adotará conceitos como ato de fala, discurso e argumentação. Compreende-se que esse marco teórico se revelará apto a solucionar os problemas supramencionados: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário; b) o paradoxo temporal; c) a incapacidade do teste ortodoxo de racionalizar como nascem novas normas costumeiras ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do costume internacional – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*. Concomitantemente, a teoria proposta desfrutará da vantagem de não precisar abandonar a tese do duplo elemento – que, apesar dos pesares, detém ampla aceitação em meio à jurisprudência e à doutrina. O arcabouço teórico a ser apresentado apenas enxergará o teste ortodoxo sob novas luzes, mas não o desnaturará.

Antes disso, contudo, neste capítulo, é válido expor alguns esforços teóricos recentes que, saindo, por vezes, da órbita do Direito e buscando inspiração em outras áreas do conhecimento, também se dedicaram a repensar o costume internacional, seja para resolver as complicações elencadas acima, seja por motivos diversos. A existência dessas múltiplas óticas sugere que ainda há debates em curso. As teorias enumeradas a seguir têm seus atrativos e suas deficiências, e é evidente que nenhuma delas esgota todas as possibilidades de estudo do direito internacional consuetudinário. Similarmente, o modelo teórico a ser desenvolvido nesta dissertação não tenciona impor-se como único e exclusivo nem como superior aos

³²⁹ BLUTMAN, László. Op. cit. p. 551.

demais em todos os aspectos, porque seria demasiada prepotência. Não obstante, a capacidade explicativa da abordagem defendida neste trabalho não deve ser desmerecida.

4.1 Visões contemporâneas sobre o costume internacional

As teorias escolhidas para serem examinadas adiante ilustram com eficácia a diversidade de explicações contemporâneas a respeito do costume internacional. Três delas baseiam-se em pressupostos racionalistas – ou seja, consideram os Estados atores³³⁰ racionais que buscam satisfazer o próprio autointeresse –, contudo chegam a conclusões distintas. A primeira, de Jack Goldsmith e de Eric Posner³³¹, pode ser descrita, mais exatamente, como uma perspectiva contra o direito internacional costumeiro, porque entende que, quando os Estados se conformam a uma regularidade de comportamento, não o fazem em deferência a uma norma consuetudinária e sim por várias outras razões, inclusive por mera coincidência de interesse. Outra teoria, de Andrew T. Guzman³³², propugna que o costume internacional afeta, sim, decisões e atos estatais, na medida em que lhes imputa custos de reputação. Por seu turno, a terceira dessas óticas, de Michael Byers³³³, enxerga o direito internacional costumeiro como uma instituição que transforma o poder estatal em obrigação jurídica, à medida que os Estados avaliam quais de suas condutas são juridicamente relevantes ou irrelevantes.

Outro rol de perspectivas, situadas no campo da Teoria Crítica do Direito (*Critical Legal Studies*), pode ser representado pela obra de Martti Koskenniemi³³⁴. O objetivo desse segundo *corpus* teórico não é explicar nem descrever o funcionamento das normas consuetudinárias e sim denunciar as incoerências e as tensões ocultas na linguagem jurídica acerca do costume internacional. Uma vez expostas as dicotomias que estruturam o pensamento dos jusinternacionalistas – e que, inconscientemente, são repetidas à exaustão por eles –, faz-se possível identificar os limites que condicionam o raciocínio jurídico e a aplicação do direito.

Esses dois conjuntos de óticas, um racionalista e o outro crítico, ilustram dois tipos de análise: o primeiro visa a detectar, em meio à realidade internacional, causas e consequências da efetividade (ou da falta de efetividade) das normas costumeiras, e o segundo tenta compreender as lógicas que informam o discurso jurídico sobre o direito internacional

³³⁰ O uso da palavra ator é frequente na literatura racionalista, o que justifica seu emprego nesta dissertação, mas tão só quando forem abordadas as teorias correlatas.

³³¹ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*.

³³² GUZMAN, Andrew T. *Op. cit.*

³³³ BYERS, Michael. *Op. cit.*

³³⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia...*

consuetudinário. Cada um desses acervos teóricos enxerga o mundo de forma distinta: o primeiro, ligado à modernidade, crê na racionalidade dos Estados; o segundo, pós-moderno, desconfia dos projetos de ordem e de justiça internacionais reiteradamente alardeados pelo direito.

4.1.1 Teorias racionalistas sobre o costume internacional

A premissa comum às teorias racionalistas sobre o costume internacional consiste no entendimento de que os Estados são racionais, no sentido de que agem apenas em interesse próprio e de que tomam decisões com base em cálculos de custos e de benefícios, ao avaliar as consequências de seus atos; é o que acontece quando, por exemplo, os entes estatais buscam analisar se é vantajoso observar determinada norma internacional³³⁵. Tendo-se em conta esse mesmo ponto de partida, diferentes esquemas teóricos vieram a lume, cada qual com distintas conclusões. Algumas dessas abordagens valem-se de modelos matemáticos da Teoria dos Jogos, típicos da seara econômica e que tentam exprimir em valores numéricos os vários resultados decorrentes das ações de decisores racionais, inseridos em cenários de conflito ou de cooperação³³⁶.

Jack Goldsmith e Eric Posner, por exemplo, partem de três problemas que entreveem na doutrina clássica acerca do direito internacional costumeiro com vistas a elaborar sua proposta teórica: a) a crença de que o costume internacional é unitário, universal e exógeno³³⁷;

³³⁵ GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 131-133.

³³⁶ “[All] we really have to work with in game theory is our assumption that each player is an intelligent and rational decision-maker, whose behavior is ultimately derived from the goal of maximizing his own expected utility payoff.” (MYERSON, Roger B. **Game Theory: Analysis of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 370)

³³⁷ Goldsmith e Posner recordam que inexistente consenso doutrinário acerca de quais atos podem ser considerados prática internacional, para fins de formação de um costume. Tampouco se sabe ao certo quão generalizada e quão uniforme a referida prática deve ser. Reiteram-se, outrossim, os questionamentos levantados pelo conceito de *opinio juris*: como identificá-la? Como, exatamente, uma regularidade comportamental se transforma numa obrigação jurídica vinculante? À vista de tantas incertezas, Goldsmith e Posner compreendem que não há como o direito internacional costumeiro ser unitário, já que nem toda conduta por ele descrita se encaixa perfeitamente na definição dual clássica que conjuga os elementos da prática internacional e da *opinio juris*. Para ambos os autores, as normas consuetudinárias tampouco podem ser universais, porque, segundo eles, quando uma prática reiterada (substrato do costume) é multilateral, ela se dissemina entre múltiplos Estados devido a coincidências de interesses ou ao emprego de coerção – e não à percepção de que ela é exigida pelo direito internacional e de que deve, portanto, ser seguida; conforme Goldsmith e Posner, as regularidades de comportamento que refletem padrões de cooperação ou de coordenação – as únicas que, ainda de acordo com esses autores, podem originar normas propriamente jurídicas – emergem apenas em contextos bilaterais. Por fim, os dois teóricos rejeitam a ideia de que o direito internacional costumeiro é uma força exógena que constrange a atuação dos Estados: na verdade, para eles, a expressão “costume internacional” é nada mais do que um rótulo atribuído a regularidades de conduta geradas endogenamente no curso de interações entre Estados autointeressados (GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*. p. 3-9).

b) a inaptidão do paradigma tradicional para explicar o comportamento internacional³³⁸; e c) a incapacidade da visão ortodoxa de prover explicações para a observância das normas consuetudinárias pelos Estados³³⁹. Em contraste com a concepção ortodoxa sobre o direito internacional costumeiro, a tese de Goldsmith e de Posner rechaça a noção de que regularidades comportamentais proliferam à medida que os Estados adequam seus atos a uma regra que eles se sentem juridicamente obrigados a seguir. Na realidade, segundo esses autores, a causalidade é invertida: não é a norma consuetudinária que, como fonte normativa, delimita a conduta estatal; é a interação dos Estados que, isto sim, produz práticas regulares rotuladas de costume internacional³⁴⁰.

Essas regularidades de comportamento derivam do autointeresse estatal e emergem em quatro situações estratégicas, representadas por esquemas da Teoria dos Jogos³⁴¹: coincidência de interesse, coerção, cooperação e coordenação. O primeiro cenário ocorre quando os Estados envolvidos adotam cursos de ação regulares, simplesmente porque ambos arrecadam benefícios – e, nesse processo, o modo de agir de um por acaso coincide com o modo de agir do outro³⁴². Inspirando-se no caso *Paquete Habana*³⁴³, os autores propõem o seguinte contexto: dois países beligerantes que patrulham o mesmo trecho marítimo podem escolher entre atacar ou ignorar as embarcações pesqueiras do outro Estado. Sob certas circunstâncias, resulta mais benéfico para cada ente estatal, independentemente da opção feita pelo outro, deixar os barcos de pesca em paz, em lugar de destruí-los, porque os interesses e os ganhos proporcionados por essa decisão são coincidentes para ambos os Estados³⁴⁴. *In casu*, Goldsmith e Posner concluem que não é uma norma costumeira que previne uma agressão recíproca e sim as escolhas racionais feitas pelos sujeitos concernidos³⁴⁵.

³³⁸ Nesse ponto, elencam-se as críticas de que a doutrina clássica não oferece um entendimento satisfatório para o nascimento e para a mutação das normas consuetudinárias ao longo do tempo. Goldsmith e Posner ressaltam que a visão ortodoxa desconsidera que, frequentemente, os Estados mudam sua concepção sobre o conteúdo do direito internacional costumeiro, e em curtos intervalos temporais (ibid., p. 9-10).

³³⁹ Com efeito, a teoria de Goldsmith e de Posner é, em última instância, uma teoria sobre a efetividade (ou sobre o *compliance*) do costume internacional (ibid., p. 10).

³⁴⁰ Ibid., p. 12.

³⁴¹ Goldsmith e Posner advertem que: “[we] do not claim that the axioms of game theory accurately represent the decision-making process of a ‘state’ in all its complexity. Because the premises of the theory are relatively crude, the theory’s predictions lack nuance and subtlety. But a theory is successful if it provides a more coherent and plausible account of behavior than rival theories do, and if it allows one to see old problems in new and fruitful ways” (ibid., p. 13).

³⁴² Loc. cit.

³⁴³ Na decisão, a Suprema Corte dos EUA assentou que: “[by] an ancient usage among civilized nations, beginning centuries ago, and gradually ripening into a rule of international law, cost fishing vessels... have been recognized as exempt... from capture as prize of war” (US. *The Paquete Habana*. **U.S. Supreme Court**. Decided January 8, 1900. p. 175).

³⁴⁴ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*. p. 59-70.

³⁴⁵ Ibid., p. 15.

A segunda situação estratégica, pertinente à coerção, verifica-se quando um ente ou uma coalizão estatal força outros Estados a comportarem-se de maneira a favorecer o agente coator³⁴⁶. É o que se constata, *e.g.*, quando um Estado mais poderoso ameaça destruir a marinha de um rival mais fraco, se esse último atacar suas embarcações pesqueiras. A referida ameaça diminui o retorno que o Estado mais fraco obterá se decidir agredir o outro. Igualmente, supõe-se que o Estado mais poderoso se absterá de investir contra os barcos de pesca do rival, porque concebe formas melhores de empregar sua marinha. Eis que, novamente, uma regularidade de conduta – a saber, a não agressão de embarcações pesqueiras, ainda que em contexto de beligerância – é explicada não por um costume internacional e sim por respostas racionais de Estados autointeressados³⁴⁷.

O terceiro cenário, de cooperação, corresponde a um famigerado modelo da Teoria dos Jogos, o dilema do prisioneiro³⁴⁸. Na versão clássica desse jogo, os participantes são colocados numa situação de incomunicabilidade que favorece a desconfiança recíproca e, ademais, devem tomar apenas uma decisão: cooperar ou desertar, *i.e.*, escolher um curso de ação que proteja os próprios interesses, independentemente da opção feita pelo outro jogador. Essa modalidade consiste no dilema do prisioneiro jogado num único turno. Alternativamente, existe o dilema do prisioneiro de múltiplos turnos, em que os participantes devem, repetidamente, decidir se cooperam ou se desertam. Nessas circunstâncias, como o horizonte temporal é mais extenso, a probabilidade de cooperação igualmente aumenta. É que as interações pretéritas contribuem para a consolidação da confiança entre os participantes, ao passo que a possibilidade de interações futuras os torna mais propensos a cooperar, porque se supõe que eles pretendem manter boas relações no longo prazo. Não obstante, uma vez que a Teoria dos Jogos impõe uma série de condições para a ocorrência, na prática (*in casu*, no contexto internacional), do dilema do prisioneiro de múltiplos turnos, Goldsmith e Posner salientam que seriam raras as regularidades de comportamento oriundas do cenário ora

³⁴⁶ Loc. cit.

³⁴⁷ Ibid., p. 16.

³⁴⁸ Nesse jogo, dois suspeitos são acusados de haver cometido o mesmo crime. A polícia não tem provas suficientes para condená-los, pelo que procede desta maneira: coloca-os em salas separadas, para que não possam comunicar-se, e oferece a ambos duas escolhas, permanecer em silêncio ou confessar. Se os dois silenciam, sua pena é reduzida. Se os dois confessam, recebem uma sanção mediana. Se um deles testemunha contra o outro, mas esse último fica em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre uma pena majorada. Destarte, o resultado mais benéfico para ambos os prisioneiros é alcançado se os dois silenciam. Não obstante, como cada um deles toma sua decisão sem saber a opção que o outro vai escolher, nenhum deles pode ter certeza do desfecho. Nessas circunstâncias, tendo em vista a desconfiança recíproca, a única escolha racional para ambos os suspeitos é confessar (CHINEN, Mark A. *Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner*. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor (Michigan), v. 23, p. 148, 2001).

descrito; mais comuns seriam as baseadas nas situações de coincidência de interesse ou de coerção, enumeradas acima³⁴⁹. De qualquer modo, o presente cenário não deve ser menosprezado, pois é nele que se verifica oportunidade para genuína cooperação: a cada jogada, repetidamente, os Estados escolhem cooperar em vez de desertar, e esse resultado, ainda segundo Goldsmith e Posner, se aproxima mais do direito do que o proporcionado pelos casos de coincidência de interesse ou de coerção³⁵⁰.

A quarta e última situação estratégica diz respeito à coordenação, que é quando a decisão de um Estado depende da de outro: um deles prefere adotar o curso de ação X se o outro também seguir esse mesmo caminho, ou então prefere optar por Y se o outro igualmente o fizer³⁵¹. É preciso, contudo, haver algum canal de comunicação que permita aos Estados envolvidos coordenarem seus atos³⁵². Goldsmith e Posner asseveram que os dois últimos cenários narrados conduzem ao surgimento de padrões comportamentais de cooperação ou de coordenação bilaterais, mas não multilaterais, porque – como indicado no parágrafo anterior – as condições exigidas pelo dilema do prisioneiro de múltiplos turnos (terceiro cenário) são muito rigorosas para que se constatem na prática, ou, ainda, porque é crescente a dificuldade de coordenar ações de múltiplos Estados à medida que seu número aumenta (quarto cenário). Dessa maneira, a universalidade atribuída aos costumes internacionais gerais é tida como ilusória por esses autores: essas regularidades de comportamento generalizadas só aparentemente se fundariam em esforços universais de cooperação ou de coordenação; na realidade, elas resultariam, isto sim, da soma de várias interações bilaterais por acaso idênticas, ou, em vez disso, das duas primeiras situações analisadas por Goldsmith e por Posner, *i.e.*, coincidência de interesse e coerção, processos que, consoante ambos os acadêmicos, não engendram a formação de normas jurídicas³⁵³.

³⁴⁹ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*. p. 17-20.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 20.

³⁵¹ Na Teoria dos Jogos, um dos mais conhecidos modelos para representar uma situação de coordenação é chamado batalha dos sexos. Esse jogo propõe a seguinte situação: “[a] couple is deciding what to do for the evening. One prefers going to the opera, the other watching football, but each would rather spend time with the other than go to the opera or watch football alone. Under these circumstances, it would be best for both parties if both chose opera or both chose football. However, arriving at this outcome depends on the ability of each individual to communicate his or her intention to cooperate with the other. Alternatively, if such communication is not possible, each party is better off choosing based on the probability that the other party will choose a particular activity” (CHINEN, Mark A Op. cit. p. 149).

³⁵² GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*. p. 20-22.

³⁵³ “One of the central claims of the standard account of CIL [customary international law] is that CIL norms govern all or almost all states, or at least all “civilized” states. This universality claim is rarely explained further. The idea is probably that certain public goods can be created only if all or most states participate by engaging in certain actions that they would not engage in if they acted independently. World peace, the preservation of the ozone layer, the maintenance of international fisheries, and coordination on standards for international communication and transportation are examples of such public goods. International scholars

Goldsmith e Posner defendem que todos os exemplos de costumes internacionais podem ser explicados por meio dos quatro cenários elencados *supra*, mas advertem que todos os padrões comportamentais que deles se originam nada têm a ver com juridicidade ou com uma suposta crença na obrigatoriedade dessas condutas (*opinio juris*). Quando há coincidência de interesse, os Estados adotam determinado curso de ação não porque se sentem obrigados por uma norma jurídica e sim porque, assim agindo, arrecadam ganhos mútuos. Na hipótese de coerção, o padrão comportamental seguido por um Estado mais fraco deve-se ao medo de retaliação por um Estado mais forte. No dilema do prisioneiro de múltiplos turnos, embora os participantes escolham cooperar em lugar de desertar, e embora essa cooperação ostente uma aparência de legalidade, no fundo esse resultado também decorre da racionalidade dos atores concernidos: para eles, é interessante manter boas relações no longo prazo, pelo que devem aproveitar cada oportunidade para sedimentar a confiança entre si. Por fim, os casos de coordenação desenvolvem-se entre pares de Estados, como visto acima, e só ilusoriamente produzem regularidades de comportamento universais³⁵⁴. “Although states often engage in virtually identical behavior... they do so because they have no interest in deviating or because they fear retaliation from the state they victimize.”³⁵⁵

Para finalizar o presente resumo do estudo de Goldsmith e de Posner, vale esclarecer que ambos rejeitam a tese de que a preocupação dos Estados com a própria reputação e com o cumprimento de suas promessas concede efetividade – ou, até, normatividade – ao costume internacional. É que, para esses autores, os entes estatais só manterão o prometido – *i.e.*, só endossarão determinado padrão de conduta – enquanto os ganhos de reputação daí advindos superarem qualquer benefício de curto prazo proveniente de uma eventual violação. Com efeito, lapidar uma imagem de fiel cumpridor do direito internacional nem sempre é a melhor forma para que um Estado alcance seus objetivos de política externa³⁵⁶.

appear to believe that CIL norms evolve in order to enable states to create these n-state public goods. Our theory rejects this view. It holds that most instances of spontaneous international cooperation arise as the result of pairwise interactions. Apparently cooperative universal behavioral regularities are illusory, the result of identical pairwise interactions, coincidence of interest, or coercion. When n-state public goods are created, it is because states enter treaties and other agreements that solve n-state coordination games, not because of the evolution of universal and exogenous CIL norms.” (Ibid., p. 22-23)

³⁵⁴ Ibid., p. 26-28.

³⁵⁵ Ibid., p. 24.

³⁵⁶ Ibid., p. 33-34.

[Nations] mouth their agreement to popular ideals as long as there is no cost in doing so, but abandon their commitments as soon as there is a pressing military or economic or domestic reason to do so.³⁵⁷

Detlev F. Vagts critica a pouca importância que Goldsmith e Posner conferem ao tema da reputação, sublinhando que eles não conseguem demonstrar empiricamente quão insignificantes são os danos que a imagem de um Estado descumpridor do direito internacional costumeiro sofre³⁵⁸. Vagts também recorda que, frequentemente, quando os Estados não logram redigir um tratado multilateral satisfatório para todos os envolvidos, eles consideram conveniente reafirmar seu compromisso para com as normas consuetudinárias pertinentes³⁵⁹. Destaquem-se, sobretudo, os contraexemplos invocados pelo jurista para confrontar a análise de Goldsmith e de Posner, por ele qualificada como uma teoria *contra o* costume internacional – e não *do* costume internacional. É que, a fim de proverem supedâneo empírico a sua tese de que o costume internacional não influencia a conduta dos Estados – de maneira que eventuais regularidades de comportamento entre eles decorreriam não de um senso de obrigatoriedade jurídica e sim de escolhas racionais autointeressadas –, Goldsmith e de Posner dedicam boa parte de seu artigo a estudos de casos em quatro áreas do direito internacional classicamente reguladas por normas costumeiras: neutralidade, imunidades diplomáticas, direito de presa na guerra marítima e extensão do mar territorial; toda sua argumentação volta-se para demonstrar que, em nenhuma dessas situações, os Estados adotaram condutas regulares porque se sentiam compelidos por regras consuetudinárias e sim porque esse modo de agir refletia seus interesses³⁶⁰. Vagts, no entanto, contesta essas conclusões e acusa-as de serem tendenciosas, uma vez que a leitura de Goldsmith e de Posner

³⁵⁷ Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville (Virginia), v. 40, p. 672, 2000.

³⁵⁸ Em sua crítica, Vagts toma os EUA como exemplo: “[it] is of course true that the United States as a hegemonic power can more safely dismiss reputational losses than other states, but if it aspires to exert leadership on the world stage it does need the cooperation of other governments” (VAGTS, Detlev F. International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 5, p. 1036, 2004).

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 1039-1040.

³⁶⁰ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. p. 37-82. Ao longo desses estudos de caso, Goldsmith e Posner tentam enquadrar o comportamento dos Estados nos quatro cenários supramencionados: coincidência de interesse, coerção, dilema do prisioneiro de múltiplos turnos e coordenação bilateral. Para ilustrar o raciocínio dos autores, cabe transcrever as conclusões acerca do costume internacional relativo à extensão do mar territorial: “[rather] than following an exogenous rule, then, states acted in their self-interest, and their behavior changed as their interests changed. What is called CIL [customary international law] is simply an after-the-fact description of states’ behavior. In arguing for a rule of CIL, jurists once again commit the fallacies of (a) inducing a rule of CIL from a few cases that amount to a behavioral regularity in a specific context during a short period of time; (b) labeling behavioral patterns inconsistent with the ostensible rule as “exceptions” or “comity”; (c) viewing a coincidence of interest or coercion situation as evidence of cooperation; (d) and analyzing behavioral patterns without considering the different underlying logics that these patterns exemplify” (*ibid.*, p. 82).

ignora episódios significativos em que o direito internacional consuetudinário foi, sim, observado pelos Estados e teve, sim, relevância em sua tomada de decisão³⁶¹. Ora, a bem da verdade, é evidente que o costume internacional – assim como o direito internacional em geral – não está isento de problemas de efetividade e, não raro, cede aos ditames da política internacional: “[customary] law is not divorced from considerations of power and interest; no thoughtful student of international law has ever thought that it was”³⁶². Não obstante, conforme Vagts, é exagero pensar que, sempre e irrestritamente, ele se mostra desprovido de valor.

Mark A. Chinen igualmente dirige críticas perspicazes à exposição de Goldsmith e de Posner e refina a aplicação da Teoria dos Jogos ao direito internacional costumeiro. Em primeiro lugar, Chinen repara que, para Goldsmith e para Posner, não é só o costume internacional que não produz efeitos sobre as relações interestatais; os tratados também estão eivados desse mesmo vício³⁶³; a única diferença entre o direito convencional e o consuetudinário é que esse último surge de maneira espontânea, enquanto aquele primeiro há de ser precedido por um procedimento formal de interação entre os pactuantes, mas nenhuma dessas normas irradia qualquer senso de obrigatoriedade: elas são observadas apenas enquanto correspondem aos interesses dos Estados concernidos. Ora, Chinen remarca que, mesmo que isso seja verdade, nada impede que o direito internacional apresente um valor instrumental: enquanto ele for útil para promover a cooperação interestatal, será obedecido, e essa funcionalidade não deve ser desprezada. Mais importante: Chinen relembra que, desde sempre, a questão da efetividade das normas internacionais tem sido debatida pelos jusinternacionalistas, de sorte que o artigo de Goldsmith e de Posner, ainda que busque inovar ao recorrer à Teoria dos Jogos, não aporta informação nova³⁶⁴. “Standard game theory purports to explain why states break the law, but it does not indicate the magnitude of the problem.”³⁶⁵ Como contraponto, é oportuno citar a famosa asserção de Louis Henkin: “almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations all of the time”³⁶⁶.

³⁶¹ VAGTS, Detlev F. Op. cit. p. 1036-1039.

³⁶² Ibid., p. 1040.

³⁶³ “[The] treaty itself does not have independent binding force. States refrain from violating treaties (when they do) because they fear retaliation from the treaty partner, not because they feel some sort of normative obligation.” (GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *A Theory of Customary International Law*. p. 88)

³⁶⁴ CHINEN, Mark A. Op. cit. p. 153-154.

³⁶⁵ Ibid., p. 154.

³⁶⁶ HENKIN, Louis. **How Nations Behave**. New York: Columbia University Press, 1979. p. 47.

Em segundo lugar, Chinen pergunta: quando um juiz ou um árbitro encarregado de solucionar uma controvérsia internacional, ou, ainda, o consultor jurídico de um Estado emprega uma norma consuetudinária como base de suas decisões, estaria qualquer um desses operadores do direito menos inclinado a valer-se do direito internacional costumeiro ao tomar conhecimento de sua escassa efetividade, ou então do fato de que ele não inspira nos entes estatais um senso de obrigatoriedade jurídica? Em outras palavras: a análise de Goldsmith e de Posner afetaria, em algum grau, a utilidade prática atribuída ao costume internacional, quando ele é utilizado como fonte normativa para fundamentar um raciocínio jurídico? Provavelmente, não. É que, na grande maioria das situações, o juiz, o árbitro e o consultor jurídico, quando são chamados a aplicar uma regra costumeira à luz de um caso concreto, não procedem a uma descrição do comportamento dos Estados e sim a um juízo de valor. O direito não serve para descrever a realidade empírica e sim para avaliá-la, e a falta de correspondência entre descrição e avaliação – entre ser e dever-ser – não compromete a validade de uma norma jurídica, muito embora possa, às vezes, minar-lhe a legitimidade³⁶⁷.

Em terceiro lugar, ainda consoante Chinen, para que Goldsmith e Posner estivessem habilitados a caracterizar como desprovido de juridicidade todo e qualquer padrão de conduta estatal que decorre de ações racionais autointeressadas, os autores precisariam ter oferecido, no mínimo, um conceito de direito, ou então um conjunto de atributos que qualificam determinado ato como relevante para o direito – e isso a Teoria dos Jogos não proporciona. Com efeito, dentro dos quatro cenários sugeridos por Goldsmith e por Posner, inexitem condutas conforme o direito ou contrárias a ele; existem, tão somente, ações racionais de atores autointeressados. Já que não fornece um referencial do que constitui uma norma jurídica ou um comportamento juridicamente relevante, a Teoria dos Jogos tal como utilizada por Goldsmith e por Posner não está apta a dizer se uma conduta – seja ela oriunda de coincidência de interesse, de coerção, de cooperação ou de coordenação – é ilustrativa do direito ou não³⁶⁸.

³⁶⁷ CHINEN, Mark A. Op. cit. p. 155. “One would expect some correspondence between description and evaluation, if for no other reason than that if legal evaluations could not possibly be mapped on to common perceptions of how the world is, their legitimacy would be in serious question. It would be difficult to justify a finding that there is an applicable general practice among states if there was, in fact, no such practice at all. That is why it is important to establish that there is more true cooperation among states than would be suggested by Professors Goldsmith and Posner’s theory. There are, however, greater and lesser degrees of correspondence. In the struggle to determine that correspondence, one should not lose sight of the fact that an attack on customary international law for its descriptive power is limited because of the difference between description and evaluation.” (Ibid., p. 156)

³⁶⁸ Ibid., p. 156-158. “Of course, game theory cannot sustain such an attack on law. All that standard game theory can do is describe and explain behavioral regularities among individuals or groups of players. Although game theory cannot say when it is appropriate to call such behavioral regularities legal in nature, it

Em quarto lugar, Chinen entende que o costume internacional pode ser encarado como representativo de esforços cooperativos entre os Estados e – ao contrário de Goldsmith e de Posner – defende que o nível de cooperação existente nas relações internacionais contemporâneas é suficiente para demonstrar a relevância do direito internacional costumeiro³⁶⁹. Seu primeiro argumento nesse sentido atenta para a proliferação crescente do número de tratados, sendo que “any treaty that codifies previously existing customary norms reflects cooperative behavior that has already emerged in the formation of the underlying customary norm”³⁷⁰. Seu segundo argumento consiste na pesquisa de diversos outros estudos – alguns deles também no âmbito da Teoria dos Jogos – que comprovam a possibilidade de cooperação entre múltiplos atores – lembrando que, para Goldsmith e para Posner, arranjos cooperativos só seriam realmente viáveis se abarcassem apenas dois Estados. Chinen sublinha que a cooperação multilateral – que reflete a robustez de costumes universais – é não só possível, mas também facilitada hodiernamente, devido à presença de fatores como a institucionalização de foros que propiciam a comunicação entre os Estados, como é o caso das organizações internacionais³⁷¹.

Em quinto e último lugar, Chinen confronta a assunção de Goldsmith e de Posner de que, em suas regularidades de comportamento, os Estados sempre agem de forma autointeressada e, portanto, nunca se sentem compelidos por uma obrigação jurídica. O pressuposto desse entendimento é que a noção de *opinio juris* – a crença na obrigatoriedade de uma conduta –, de um lado, e a maximização dos próprios interesses, de outro, são motivos mutuamente excludentes para a atuação estatal: ou o Estado adota determinado curso de ação devido a uma obrigação jurídica, ou assim procede devido à decisão racional de arrecadar benefícios para si³⁷². Um contraponto que pode ser feito a esse posicionamento é invocar exemplos contrafactuais, *i.e.*, situações em que um Estado agiu contra seus interesses ou então em favor de interesses alheios ou da sociedade internacional como um todo. Essa abordagem é problemática, no entanto, porque, no limite, praticamente todo comportamento estatal pode ser descrito como autointeressado ou como minimamente altruísta; tudo depende de quais

likewise cannot tell us when it is inappropriate to do so – unless one assumes that behavioral regularities that result from a drive to maximize utility, however understood, cannot be given legal significance. Such an assumption requires some idea of what is meant by ‘legal’ and, by implication, ‘law.’ Game theory cannot yet call into question the robustness of customary international law in that way.” (Ibid., p. 157-158)

³⁶⁹ Ibid., p. 160.

³⁷⁰ Ibid., p. 163.

³⁷¹ Ibid., p. 165-178. “In game theoretic terms, these types of fora provide states with the opportunity to communicate, thereby creating focal points that enable cooperation that would not otherwise be possible in certain games.” (Ibid., p. 172)

³⁷² Ibid. p. 179-180.

razões o observador escolhe enfatizar em sua interpretação. Sem embargo, vale notar que, se, como apontado, toda conduta estatal pode ser compreendida como egoísta – *i.e.*, como denotando o curso de ação que melhor satisfaz os interesses daquele Estado –, então a principal proposição da Teoria dos Jogos, referente ao autointeresse que norteia toda e qualquer decisão de política externa, revela-se trivial³⁷³.

A via que Chinen escolhe para atacar a suposta oposição entre a noção de *opinio juris* – a crença na obrigatoriedade de uma conduta –, de um lado, e a maximização dos próprios interesses, de outro, é demonstrar que se trata de uma falsa dicotomia: os Estados não são movidos, exclusivamente, por obrigações jurídicas ou por autointeresse; na verdade, ambas as motivações frequentemente coincidem, até porque o direito não desconsidera os interesses estatais. O direito internacional – particularmente, o direito internacional costumeiro –, uma vez que é produzido pelos Estados para os próprios Estados, geralmente reflete os interesses estatais – e isso, antes de representar uma fraqueza, lhe confere vitalidade³⁷⁴. “[A] rule which *a priori* meets individual [state] interests constitutes the very best means of ensuring the rule's application by the [states].”³⁷⁵ Ora, um costume internacional que fosse contrário aos interesses estatais não tardaria a ser modificado ou a cair em desuso. Desse modo, obrigação jurídica e autointeresse não necessariamente são conflitantes³⁷⁶.

Partindo dessa conclusão, Chinen começa a pensar como a Teoria dos Jogos pode explicar o que é o direito e chega a duas hipóteses. Pela primeira, a norma jurídica é concebida como uma variável externa a determinado cenário ou jogo, afetando os cálculos de custos e de benefícios realizados pelos atores; nesse sentido, se um curso de ação implica violar o direito, por exemplo, é razoável cogitar que ele se torna mais custoso. O problema dessa visão é que ela não provê uma definição de norma jurídica e nada tem a dizer acerca da validade ou da força normativa do direito; ela apenas indica como a presença de uma obrigação jurídica influencia as decisões dos Estados. Pela segunda hipótese, Chinen entrevê a norma jurídica – ou, mais especificamente, a produção de normas jurídicas – como uma variável interna, *i.e.*, como uma das possíveis estratégias à disposição dos participantes de um jogo³⁷⁷. O autor adverte que, “[because] law and lawmaking are such complex phenomena, it

³⁷³ Ibid., p. 180.

³⁷⁴ Loc. cit.

³⁷⁵ VILLAGER, Mark E. **Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources**. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 285.

³⁷⁶ CHINEN, Mark A. Op. cit. p. 180.

³⁷⁷ Ibid., p. 184.

may be that game theory may never be able to give this kind of explanation”³⁷⁸. Apesar das eventuais dificuldades, Chinen tenta, em alguma medida, elucidar como o direito funciona nessa segunda hipótese, salientando, *e.g.*, que, para a Teoria dos Jogos, agir com base num senso de obrigatoriedade jurídica significa estar ciente de que a adoção de um comportamento desviante ou violador de uma norma jurídica conduzirá à aplicação de sanções – o que certamente eleva os custos desse proceder³⁷⁹.

De qualquer modo, tendo em vista que Chinen preferiu não desenvolver o ponto abordado acima, coube a outro jurista, Andrew T. Guzman, aprofundar uma teoria racionalista acerca do costume internacional. Guzman inicia sua exposição criticando o ceticismo de Goldsmith e de Posner quanto à importância do direito internacional consuetudinário nas relações interestatais. Ele realça que, diversamente do que acreditam Goldsmith e Posner, os Estados tendem a valorizar suas reputações, pelo que sanções reputacionais – como as que lhes imputam uma imagem de não confiável ou de violador das normas internacionais – afetam, sim, seu comportamento. Também destaca que, consoante análises recentes³⁸⁰, a cooperação no plano internacional não se mostra impossibilitada em função da elevada quantidade de atores abrangidos. Ademais, sublinha que não há evidência empírica suficientemente persuasiva demonstrando que o costume internacional não tem impacto sobre as condutas estatais³⁸¹.

Na sequência, Guzman passa a esboçar uma versão da Teoria dos Jogos aplicada ao direito internacional costumeiro que pode ser tachada de mais otimista do que a proposta por Goldsmith e por Posner. Para tanto, vale-se do modelo do dilema do prisioneiro de múltiplos turnos³⁸², porque, nesse jogo, os interesses dos participantes se entrecrocaram, o que leva Guzman a crer que, se a cooperação comprovar-se viável nesse cenário, então ela também o será em várias outras situações. O autor define o costume internacional como uma variável externa ao jogo em questão³⁸³: é um conjunto de normas jurídicas que, justamente devido a sua juridicidade, influencia os cálculos de custos e de benefícios elaborados pelos Estados

³⁷⁸ Loc. cit.

³⁷⁹ Ibid., p. 185-186.

³⁸⁰ V., por exemplo: NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel P. **The Customary Law Supergame: Order and Law. Working Paper**, Tufts University (Medford/Somerville, Massachusetts), p. 20, Feb. 2004 (observando que, embora alguns autores duvidem da possibilidade de cooperação quando o número de atores envolvidos é relativamente grande, “these are conjectures about the world, and are not necessarily true of any particular circumstance” – mesmo porque, contrariando as hipóteses formuladas pela Teoria dos Jogos, atualmente a prática interestatal é permeada de arranjos cooperativos).

³⁸¹ GUZMAN, Andrew T. Op. cit. p. 128-131.

³⁸² V. nota de rodapé n. 374.

³⁸³ Guzman segue, portanto, a primeira das hipóteses levantadas por Mark A. Chinen e mencionadas em parágrafo anterior desta dissertação.

quando eles decidem qual curso de ação adotar. É que, no dilema do prisioneiro de múltiplos turnos, como os atores interagem repetidamente, a reputação que cada um constrói para si adquire maior relevância. Afinal, uma recusa em cumprir determinação obrigação internacional no presente sinaliza aos outros entes estatais que o Estado violador não é confiável, e essa mudança de percepção experimentada por seus pares reorientará como eles o tratarão no futuro. A violação de uma norma consuetudinária é, por conseguinte, um curso de ação custoso, tanto imediatamente quanto no longo prazo. Diante de um comportamento desviante, sobrevêm sanções reputacionais, que não são exatamente uma punição imposta pelos demais Estados; são, isto sim, o resultado de ajustes nas percepções coletivas acerca do ente descumpridor³⁸⁴⁻³⁸⁵.

Thus, for example, if the United States fails to respect the diplomatic immunity of a foreign diplomat, other states (including but not limited to the state of the diplomat) will take note of this action and alter their expectations about the immunity that will be granted in the future. This may change the way in which other states conduct their diplomatic relations with the United States, the way they treat American diplomats, and their willingness to rely on U.S. legal behavior. Though these changes impose costs on the United States, they are not costly to the other states. Rather, the sanction is the product of every other state altering its beliefs about the United States and then maximizing its payoffs under those new beliefs. So a state may decide, for example, to close or reduce the size of its diplomatic mission. This action would not be taken to punish the United States (though it would have that effect) but rather would reflect new fears for the safety of diplomats.³⁸⁶

Em seguida, Guzman põe-se a reinterpretar, à luz de sua teoria, os requisitos tradicionais de uma norma consuetudinária: prática internacional e *opinio juris*. Antes disso, porém, o autor aponta que, como sua abordagem devota um papel de relevo às crenças e às percepções dos Estados – as quais, como visto *supra*, estão por detrás do funcionamento das sanções reputacionais, direcionadas contra um ator que desacata o direito internacional costumeiro –, são elas que esclarecem como uma regularidade de conduta é alçada ao patamar de costume internacional: para tanto, basta que determinado comportamento passe a ser

³⁸⁴ Ibid., p. 131-139. “Suppose that it is possible for a state to have a ‘good’ reputation for following CIL [customary international law], which simply means that other states believe the state complies with CIL. In concrete terms, assume that as long as a state complies with a particular rule of CIL, other states expect it to continue to do so. Once the state violates the rule, however, all other states consider it to have a ‘bad’ reputation and will anticipate violation in the future.” (Ibid., p. 136)

³⁸⁵ Frise-se, no entanto, que Guzman não é ingênuo a ponto de propugnar que os custos de reputação sempre impedem uma violação do direito internacional costumeiro. “A state will not violate a norm of CIL [customary international law] if that violation would generate gains smaller than its costs. [...] States may, for example, value a reputation for toughness in international relations, and this may at times conflict with the desire for a reputation for compliance with international law.” (Ibid., p. 138)

³⁸⁶ Ibid., p. 137.

encarado como uma obrigação jurídica³⁸⁷. Trata-se de uma explicação que muito se assemelha ao clássico entendimento acerca da *opinio juris* – e, com efeito, é esse o conceito que Guzman coloca em destaque no restante de seu artigo. Adicionalmente, cabe sublinhar que, conforme o autor, os Estados não são livres para escolher suas crenças e suas percepções, porque elas não constituem variáveis sujeitas à manipulação estratégica; isso significa que um ente estatal não pode, por exemplo, “decidir” se acredita ou não na existência de determinada obrigação jurídica, ou se um Estado que houver descumprido o direito internacional consuetudinário detém boa ou má reputação. “Because states are not ‘choosing’ their beliefs, the theory of CIL [customary international law] advanced here does not imply that states can create a rule of CIL simply by wishing that it exists.”³⁸⁸

Ao reavaliar a noção de *opinio juris* sob a perspectiva racionalista, Guzman desvela que ela simplesmente se refere a como os Estados enxergam uma situação de potencial violação de uma norma costumeira. Na verdade, pela teoria ora apresentada, e ao contrário do que exige a doutrina majoritária, não se faz necessário que toda a sociedade internacional compartilhe um senso de obrigatoriedade jurídica. Cada Estado pode nutrir uma percepção particular sobre o *status* de uma norma consuetudinária, e não é preciso que todas as percepções sejam idênticas: se um deles considera que houve descumprimento, ele ajusta seu modo de ver o ente estatal violador, pelo que têm efeito as chamadas sanções reputacionais. Não obstante, Guzman reconhece que quanto mais generalizadas forem as crenças de que existe determinada obrigação jurídica e de que ela foi violada num caso concreto, maior será a probabilidade de que outros Estados tenham a mesma visão³⁸⁹. “Thus, a strong sense of legal obligation is more likely to come about if it is shared by a group of states.”³⁹⁰

³⁸⁷ Ibid., p. 139-140. “An alternative definition of CIL [customary international law] – and the one chosen for this article – refers to those norms that have come to be seen as legal rules in the sense that states have a heightened expectation of compliance. So a norm becomes a rule of CIL if states view it as a legal obligation. [...] Notice that the definition turns on the beliefs of states and not their public statements. That is, a rule of CIL exists only if states have an honest belief that a particular norm is a legal rule. The reputational consequence of violation comes about because states that observe the violation then update their beliefs.” (Loc. cit.)

³⁸⁸ Ibid., p. 140.

³⁸⁹ Ibid., p. 146-147. Vale notar que, na concepção de Guzman, não faz sentido definir a *opinio juris* como uma espécie de consentimento tácito dos Estados quanto a uma norma costumeira, como defendiam certas teorias voluntaristas sobre o costume internacional: “[the] role of consent is dismissed because consent does not generate an incentive to comply with a rule of CIL [customary international law]. The beliefs of other states, in contrast, do generate such an incentive. A system that generates a legal obligation only when there is explicit consent would, to be sure, be more protective of state sovereignty and may (or may not) be a better normative system. The point here, then, is not that consent should or should not be a requirement, but rather that in a model of rational states, there is no role for consent in the formation of CIL” (ibid., p. 147-148).

³⁹⁰ Ibid., p. 147.

Quanto ao segundo requisito normalmente entrevisto numa norma consuetudinária, a prática internacional, Guzman entende que ele não tem razão de ser dentro de sua teoria racionalista. A única função que a prática internacional pode desempenhar é servir de evidência para uma *opinio juris* subjacente; é a ideia de que, comumente, a crença de que está em vigor um costume internacional pode ser deduzida da própria conduta estatal. De toda maneira, a importância reduzida reservada a esse segundo requisito do direito internacional costumeiro deve-se ao fato de que, como explicado, o marco teórico de Guzman se foca em sanções reputacionais, que operam com base nas percepções dos Estados acerca do comportamento uns dos outros – e essas percepções já se encontram inteiramente contidas em sua definição de *opinio juris*³⁹¹.

Para finalizar, Guzman dedica-se a expor como sua teoria racionalista pode levar em consideração diversos temas afins ao estudo do que é o direito internacional consuetudinário, como, *e.g.*, a proposta do costume instantâneo, a existência de costumes regionais, a interação entre normas costumeiras e convencionais e a doutrina do objeto persistente, entre outros assuntos³⁹². Compreende-se, contudo, que esmiuçar como Guzman trabalha cada uma dessas questões foge ao escopo desta parte da dissertação.

Outro jurista que, para explicar o costume internacional, também parte da assunção de que os Estados são atores racionais, mas sem recorrer à Teoria dos Jogos, é Michael Byers. Para delimitar sua análise, o autor toma como pressupostos: a) que os entes estatais agem de forma autointeressada, promovendo seus interesses sobretudo mediante a aplicação de seu poder com vistas a criar, a preservar ou a modificar o direito internacional; e b) que os Estados se vinculam apenas àquelas normas a que deram seu consentimento, podendo esse último ser expresso ou inferido e destinar-se tanto a regras específicas quanto, por exemplo, a todo um modo de produção normativa, como é o caso do processo nomogenético por detrás do nascimento e da evolução do costume internacional³⁹³. Byers adverte que sua intenção não é desenvolver uma nova teoria normativa sobre o direito internacional consuetudinário e sim lançar algumas luzes sobre os problemas teóricos que acometem os jusinternacionalistas

³⁹¹ Ibid., p. 153. “The main lesson to be drawn from the theory presented here is that CIL [customary international law] is really about the *opinio juris* requirement and not the practice requirement. This is so because, as already discussed, what matters for the presence of reputational sanctions is the perspective of other states. If states as a group believe there is a legal obligation, this is enough to generate reputational (and perhaps direct) sanctions. [...] A rational choice approach, then, leaves no room for a state practice requirement other than as an evidentiary touchstone to reveal *opinio juris*. Practice can shed light on whether a particular norm is regarded as obligatory, but it does not by itself make it so.” (Loc. cit.)

³⁹² Ibid., p. 157-175.

³⁹³ BYERS, Michael. Op. cit. p. 7-8.

quando eles lidam com normas costumeiras³⁹⁴. Nessa empreitada, o autor busca inspiração em perspectivas teóricas da disciplina das Relações Internacionais e considera fatores que não têm caráter jurídico propriamente dito.

O aspecto central do livro de Byers concerne à interação entre poder e obrigação jurídica no âmbito do processo de formação do direito internacional costumeiro. Classicamente, a *opinio juris* é tida como o principal elemento que explica a transformação do poder estatal em normas jurídicas. Todavia, em Byers, ela é definida como um consenso difuso entre os Estados, equivalendo a um arcabouço de entendimentos compartilhados (*shared understandings*, no original em inglês) quanto à relevância jurídica das diferentes condutas que os entes estatais podem adotar em cada situação. É que só os comportamentos qualificados como juridicamente relevantes contribuem para o nascimento e para a modificação das normas consuetudinárias. Tudo o que um Estado faz ou diz, ou qualquer ato omissivo seu tem potencial para ser tratado como juridicamente relevante, podendo, assim, gerar ou afetar um costume internacional. Há regras costumeiras que, devido ao substantivo suporte que encontram na prática internacional, são mais resistentes do que outras. É esse o caso de quatro princípios que Byers discerne como fundamentais ao ordenamento internacional contemporâneo³⁹⁵; são eles: jurisdição, personalidade, reciprocidade e proteção de expectativas legítimas; todos esses valores condicionam o exercício do poder pelos Estados – inclusive quando o fazem visando a forjar ou a alterar o direito internacional consuetudinário³⁹⁶. Não é de valia, para os fins da presente dissertação, enunciar como Byers explora esses quatro princípios. É mais interessante, isto sim, enfatizar como o autor aprofunda sua premissa de que “the customary process is a power-transforming, and thus power-qualifying, institution”³⁹⁷.

À luz de acadêmicos das Relações Internacionais, Byers conceitua o costume internacional como uma instituição, *i.e.*, um conjunto de regras de conduta que moldam as expectativas dos Estados e que consubstanciam uma espécie de “conhecimento coletivo” ou

³⁹⁴ Ibid., p. 147.

³⁹⁵ Ibid., p. 18-19.

³⁹⁶ “These four principles also play an important role in defining or characterising a central concept of international law, which is statehood. According to this concept, States have jurisdiction and full international legal personality, the combination of which gives them the competence to control their territory and to represent themselves and their nationals in international law. As a result of their full international legal personality States are also formally equal. This ‘sovereign equality’ entitles them all to the same general rights and subjects them all to the same general obligations, as ensured by the principle of reciprocity. The principle of legitimate expectation, which subsumes both explicit and inferred consent, ensures that States are not subject to the application of rules of international law unless they consent.” (Ibid., p. 12)

³⁹⁷ Ibid., p. 33.

entendimentos compartilhados³⁹⁸. No curso de suas interações, os entes estatais continuamente se empenham em maximizar seus interesses – por exemplo, por meio da criação de normas costumeiras que os protegem. Por conseguinte, antecipando que determinadas condutas podem originar um costume internacional, os Estados constantemente se comportam a favor delas, contra elas, ou então de maneira ambivalente, dependendo de como seus interesses serão afetados. Por isso, é cabível sustentar que as normas consuetudinárias em vigor refletem, muitas vezes, os interesses comuns de múltiplos entes estatais³⁹⁹.

Sem embargo, não é todo comportamento que pode consolidar-se num costume internacional. Para distinguir quais atos são relevantes ou indiferentes do ponto de vista do direito, Byers prefere abandonar a ideia de *opinio juris* – a crença de que determinada conduta é juridicamente obrigatória – e opta, alternativamente, pela expressão entendimentos compartilhados⁴⁰⁰. Esses últimos, ao contrário da *opinio juris*, não necessariamente se referem à juridicidade de uma obrigação que já se encontra em vigor; na realidade, eles indicam a relevância jurídica de qualquer conduta estatal, inclusive daquelas que, embora ainda não tenham alcançado o *status* de norma consuetudinária, se revelam aptas a tanto. A complicação é que, na grande maioria dos casos, os Estados não se manifestam expressamente se tal ou

³⁹⁸ Como referências, são invocados teóricos como Robert Keohane, Oran Young, Stephen Krasner e Alexander Wendt. “On the basis of the definitions provided by Keohane and Young, the process of customary international law is clearly an institution. In Keohane’s terms, it is a persistent and connected set of informal rules which prescribe behavioural roles, constrain activity and shape expectations. In Young’s terms, it is an identifiable social convention which results from the convergence of patterned behaviour and actor expectations, and to which States conform without making elaborate calculations on a case-by-case basis. [...] The process of customary international law would also seem to fit within the scope of the well-known definition of international regimes provided by Krasner *et al.*, namely, ‘sets of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations’. Perhaps most importantly, it seems to fit comfortably within that strand of institutionalist writing which has explored the concept of epistemic communities. As Wendt has explained: “An institution is a relatively stable set or ‘structure’ of identities and interests. Such structures are often codified in formal rules and norms, but these have motivational force only in virtue of actors’ socialization to and participation in collective knowledge. Institutions are fundamentally cognitive entities that do not exist apart from actors’ ideas about how the world works. This does not mean that institutions are not real or objective, that they are ‘nothing but’ beliefs. As collective knowledge, they are experienced as having an existence ‘over and above the individuals who happen to embody them at the moment.’ In this way, institutions come to confront individuals as more or less coercive social facts, but they are still a function of what actors collectively ‘know.’” (Ibid., p. 147-148)

³⁹⁹ Ibid., p. 19. “States know that by behaving in a particular way, they increase the chances that similar behaviour will subsequently be required by law. States are therefore more careful than they might otherwise be to ensure that their practice is consistent with both their short- and long-term interests – as they perceive those short- and long-term interests to be.” (Ibid., p. 154)

⁴⁰⁰ “*Opinio juris*, when defined in terms of a belief on the part of States that they are acting in accordance with pre-existing or simultaneously developing legal rules, does not seem particularly helpful, either as a practical tool for determining the existence of customary rules, or as an explanation of how those rules arise. In contrast, shared understandings appear to be most significant in the domain of the process of law creation rather than at the level of individual rules.” (Ibid., p. 150)

qual comportamento é juridicamente relevante: nessas situações, a relevância jurídica do ato há de ser deduzida do contexto em que ele é realizado⁴⁰¹.

Byers enumera diversos exemplos em que o contexto tem importância crucial na identificação dos entendimentos compartilhados em meio à sociedade internacional. Se os Estados engajam-se em negar ou em esconder que praticam certo ato – *e.g.*, torturar –, um exame contextual sugere que essa prática abaliza uma norma costumeira que, na verdade, proíbe o referido ato⁴⁰². Igualmente, avaliar se a aquiescência⁴⁰³ – ou seja, a falta de oposição – ou a inação⁴⁰⁴ de um ente estatal contribui para a consolidação de um costume internacional também é raciocínio que há de levar em conta o contexto. Ademais, Byers compara dois padrões de conduta correntes: o uso de papel branco para a correspondência diplomática – regularidade que é indiferente aos olhos do direito, pelo que não gera obrigação jurídica – e o transporte dessa correspondência diplomática em mala selada, cuja inviolabilidade é respeitada – comportamento, este sim, habilitado a prover suporte a uma regra consuetudinária correspondente⁴⁰⁵. Em todas essas ocasiões, a apreciação da relevância jurídica das ações estatais depende do contexto.

Outro ponto digno de nota na obra de Byers consiste na elaboração de um critério para sopesar o quanto as distintas condutas dos Estados participam da gênese de um costume internacional. Trata-se de um indicador que considera as desigualdades de poder interestatais. Segundo Byers, a prática internacional é uma expressão não só dos interesses estatais, mas também da capacidade de cada Estado de manifestar esses interesses. Por sua vez, essa capacidade está relacionada com os custos – militares, econômicos, políticos, etc. – que determinada forma de manifestação – *i.e.*, determinado ato – impõe ao ente estatal. Como os

⁴⁰¹ Ibid., p. 148-149.

⁴⁰² “For example, there would appear to be a shared understanding among States that such actions which States deny or attempt to conceal do not constitute State practice capable of contributing to the development, maintenance or change of customary rules. As D’Amato has explained, the ‘hiding, cover-up, minimization, and non-justification... betoken a violation of law’ and therefore constitute legally relevant State practice in support of a rule prohibiting the actions in question.” (Ibid., p. 149)

⁴⁰³ “Perhaps the most important shared understandings about the legal relevance of State practice concern acquiescence. It seems that States, having accepted the process of customary international law, acquiesce in the development, maintenance or change of a customary rule knowing that their behaviour will contribute to that development, maintenance or change. Similarly, States know that, if they consistently oppose the development or change of any customary rule which is not of a *jus cogens* character but are nevertheless unsuccessful in preventing that development or change, they will find themselves in the position of persistent objectors with all of their rights – under international law – preserved.” (Loc. cit.)

⁴⁰⁴ “Shared understandings of legal relevance may also be important in enabling States to distinguish between inaction which is in support of a potential or emerging customary rule prohibiting a certain kind of behaviour (inaction which therefore constitutes acquiescence) and inaction which is not in support of that rule (and which therefore does not constitute acquiescence). These shared understandings would also appear to be sensitive to context.” (Ibid., p. 149-150)

⁴⁰⁵ Ibid., p. 149.

Estados diferem em suas capacidades, os custos relativos a certas práticas podem ser proibitivos para uns, mas não para outros⁴⁰⁶. É por isso que, rotineiramente, cada ente estatal, antes de proceder a determinada ação juridicamente relevante – vale dizer, a uma ação que tem potencial para constituir ou para contestar um costume internacional –, calcula quão custosa ela será, tendo em vista os benefícios que o resultado esperado aportará a seus interesses. Nesse diapasão, Byers estabelece o seguinte critério: aquelas práticas que envolvem custos relativamente maiores detêm maior peso na criação ou na modificação do direito internacional costumeiro, e vice-versa⁴⁰⁷. É por esse motivo que, majoritariamente, se entende que os pronunciamentos orais de um Estado interferem menos num costume internacional do que os atos concretos levados a cabo pelo mesmo Estado⁴⁰⁸. Assim, por exemplo, no campo da intervenção humanitária, seria mais contributivo para o surgimento de uma norma consuetudinária a favor desse instituto se um Estado mobilizasse, concretamente, uma operação desse tipo, em vez de meramente votar em prol de uma resolução da Assembleia Geral da ONU recomendando esse proceder.

Por fim, Byers examina diversos outros aspectos que podem afetar a prova de um costume internacional, como o fator temporal, a existência de precedentes favoráveis ou desfavoráveis à norma em questão e o próprio conteúdo dela, já que, se ela destinar-se a proteger interesses comuns a toda a sociedade internacional – como é o caso de regras consuetudinárias de direitos humanos –, argumentos moralistas e jusnaturalistas tendem a ser invocados com mais frequência em sua defesa⁴⁰⁹. Apesar de suas evidentes contribuições na matéria, é de se lamentar que Byers não consiga distanciar-se de uma conclusão já aventada pela doutrina clássica e que não satisfaz: em última instância, ao aferir-se se uma regra consuetudinária existe ou não, não resta alternativa senão proceder a uma contagem dos casos em favor da respectiva prática, dos contrários a ela e dos ambivalentes; dependendo do resultado que prevalecer nesse balanço, comprova-se a vigência de determinado costume ou não⁴¹⁰. A dificuldade é que, conforme admite o próprio Byers⁴¹¹, nem sempre é fácil – ou

⁴⁰⁶ Ibid., p. 152.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 153.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 153-154. “For the purposes of determining whether and to what degree an instance of State practice is legally relevant, it is not particularly important whether that practice involves statements or acts. Instead, the most significant contextual issue concerns the cost that is entailed by the instance of State practice in question, for, as has already been explained, the process of customary international law weighs different instances of State practice in terms of their relative cost. Even diplomatic statements usually entail some cost, enabling them to be weighed alongside other forms of State practice in the process of customary international law.” (Ibid., p. 156)

⁴⁰⁹ Ibid., p. 159-165.

⁴¹⁰ “The following, simple examples may help to clarify this suggestion. Suppose that State A would like a new rule to develop and therefore acts in accordance with, or issues a statement in support of, its preferred new

então, às vezes, é impossível – realizar essa soma, porque a realidade pode ser nebulosa demais para as certezas matemáticas.

Daniel Harold Levine tece algumas observações muito pertinentes acerca da proposta de Byers, o que permite a identificação de lacunas no pensamento desse último. Antes de tudo, Levine sublinha que a abordagem de Byers é bastante realista, no sentido de que ela se preocupa em explicar por que certas regularidades de conduta constroem a atuação dos Estados, enquanto outras, não. A resposta é que tão somente os padrões de comportamento dotados de relevância jurídica se mostram capazes de exercer esse constrangimento. Os atos juridicamente relevantes podem ser conforme uma norma costumeira ou contrários a ela – e, nessa última hipótese, é preciso distinguir os atos meramente ilegais daqueles que tencionam criar um novo costume internacional, substitutivo do anterior⁴¹². Levine afirma que, para Byers, “what separates creative illegal acts from ‘mere’ illegal acts is more or less the willingness (or lack thereof) of other states to take the offending state to task”⁴¹³; portanto, o que resta saber é se a sociedade internacional tomará medidas contra um comportamento percebido como violador do direito internacional consuetudinário em vigor, ou se, em vez disso, ela aderirá paulatinamente a essa conduta desviante, até que uma nova regra costumeira venha a lume. O problema é que Byers parece não oferecer critérios objetivos para essa apreciação da relevância jurídica dos atos estatais; ele apenas insiste no conceito de entendimentos compartilhados, que soa um tanto quanto vazio – ou, nas palavras de Levine, “it looks as if those ‘shared understandings’ may be not-fully-articulable. Which leaves us with a theory that makes it comprehensible that states gravitate towards rule-bound behavior, but does not illuminate how they do so”⁴¹⁴.

rule. State B is ambivalent towards the new rule and does nothing. State C does not want the new rule to develop and therefore acts in a way which would be in violation of the new rule, were it to develop, or issues a statement objecting to it. Suppose too, that all other States are in the position of State A, State B or State C. Now, if there are many State As, some State Bs, and no or only a few State Cs, the proposed rule will become a rule of customary international law and any State Cs may – at least temporarily – become persistent objectors. If there are few State As, some State Bs and many State Cs, the proposed rule will not develop. In either case the State As, had they acted in violation of an existing rule in order to indicate their support for a new rule, would have violated customary international law. However, the fact that widespread support is required for a new rule to develop makes it unlikely that a successful State A would be regarded as legally responsible for such a violation, except perhaps by persistently objecting States, if there are any. The question becomes more one of opposability than of breach.” (Ibid., p. 158)

⁴¹¹ Loc. cit.

⁴¹² LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 45-46.

⁴¹³ Ibid., p. 46.

⁴¹⁴ Ibid., p. 49-50. A bem da verdade, Levine reconhece que a ausência de critérios objetivos não compromete terminantemente a consistência ou a funcionalidade de uma perspectiva teórica, mas adverte que o silêncio quanto a esses critérios deve ser evitado. “The fact that state actors and other legally-relevant international agents may not be able to articulate their selection criteria is not a fatal flaw with this sort of view – agents need not be able to explain their practices to perform them... Nor need the theorist necessarily be able to give

Até aqui, a crítica de Levine é irretocável. Mais adiante em suas ponderações, todavia, o autor faz asserções que talvez extrapolem as ideias explicitadas por Byers em seu livro. Levine sugere que, para Byers, os Estados diferenciam as condutas juridicamente relevantes das irrelevantes ao analisarem-nas com base em seus interesses: se o ato disser respeito a um interesse jurídico, então é juridicamente relevante; se for relativo a um interesse de outra natureza, é irrelevante para a formação do costume internacional⁴¹⁵. Trata-se, sem dúvida, de um critério interessante e, até, muito útil, mas ele não pode ser depreendido claramente do texto de Byers. O único indicador que esse último autor aparenta destacar ao longo de seus exemplos de condutas juridicamente relevantes ou irrelevantes é, como visto acima, o contexto em que elas se realizam. Ora, essa sensibilidade contextual parece ser um critério demasiado vago, pelo que a tese de Byers não é tão esclarecedora quanto poderia ser.

Uma última crítica que pode ser endereçada a todas as teorias racionalistas apresentadas nesta seção é que elas não resolvem nenhum dos problemas elencados na introdução deste capítulo, referentes ao paradoxo temporal e ao processo de mudança do costume internacional, entre outros aspectos. Reconhece-se que se cuida de uma crítica injusta, porque nenhuma das teorias racionalistas tem o propósito expresso de lidar com essas questões. Todas elas procuram, isto sim, explicar se (e como) o costume internacional constrange as ações dos Estados. Sem embargo, Byers até chega a abordar o paradoxo temporal⁴¹⁶, porém não se dedica a superá-lo. Outrossim, tanto Goldsmith e Posner quanto Byers fornecem explicações para por que as normas costumeiras mudam: como suas abordagens correlacionam o direito internacional consuetudinário ao autointeresse estatal, atenta-se que uma mudança nesse autointeresse redundaria na transformação das regras costumeiras correspondentes⁴¹⁷. Não basta, contudo, assinalar os motivos – os *porquês* – por detrás dessa mudança normativa; é igualmente importante buscar compreender *como* essa mudança se dá. Como é possível surgir uma nova norma consuetudinária se, pelo requisito da *opinio juris*, os Estados precisam crer que, ao tempo de seu surgimento, ela já fazia parte do

substantive criteria. ‘Legal relevance’ may simply be a brute, unanalyzable property (at least, I see no immediate reason why this would be impossible in principle). Nonetheless, such a quietist position in the law (at least) seems like it should be reserved for the last resort.” (Ibid., p. 50)

⁴¹⁵ Ibid., p. 51-53. “I suspect that Byers would give a very legal-realist answer to the question of how we can tell which interests generate law and which are just interests. Byers would likely be happy – to the extent that his theory has normative implications for law at all – to simply say that interests generate law when states attempt to oppose rules based on those interests to other states in international legal fora. Is the conflict resolved by the ICJ? Then it is legal. By the UN Security Council? Well, maybe... If no specifically legal actors get involved, and no legal principles are invoked, the conflict isn’t a matter of law.” (Ibid., p. 53)

⁴¹⁶ BYERS, Michael. Op. cit. p. 131-133.

⁴¹⁷ Ibid., p. 161-162. GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. p. 28 *et seq.*

direito em vigor? Como o costume internacional pode evoluir se todo e qualquer comportamento dissonante é, a princípio, interpretado como violação e não como inovação? Defende-se que uma teoria discursiva sobre o direito internacional costumeiro pode responder, minimamente, a essas perguntas.

Antes de adentrar propriamente nesse tópico, no entanto, passa-se a expor um segundo *corpus* teórico que se tem ocupado do costume internacional, a teoria crítica, que se distancia totalmente da abordagem racionalista acima exposta, na medida em que, em vez de explicar a realidade internacional, busca desvelar a estrutura da argumentação jurídica, os pressupostos ocultos que condicionam o pensamento, os textos e a atuação de juristas e de profissionais do direito.

4.1.2 Teoria crítica sobre o costume internacional

A teoria crítica sobre o costume internacional tem como expoente Martti Koskenniemi. Em seu livro *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument*, o autor critica a pretensa objetividade que é atribuída ao direito internacional em geral, compreendido como isento de premissas políticas e sociais sobre como a vida internacional transcorre, de um lado, e de projetos normativos referentes à ordem e à justiça internacionais, de outro. Nesse sentido, o direito internacional é tido como mero instrumento para a resolução de problemas técnicos e consegue permanecer intocado tanto por teorias políticas – que descrevem como o mundo *é* – quanto por teorias da justiça – que prescrevem como o mundo *deve ser*⁴¹⁸.

Koskenniemi defende que essa aparente neutralidade que acomete a disciplina dos jusinternacionalistas decorre de uma separação metodológica artificial, iniciada com juristas do pós-Iluminismo, entre teoria do direito e doutrina jurídica. Dessa maneira, a análise das normas internacionais – *i.e.*, o trabalho doutrinário – foi forçadamente apartado das reflexões acerca do ambiente sociológico ou dos fundamentos filosóficos dessas normas. Se o operador do direito deseja manter sua identidade profissional, ele há de restringir-se ao primeiro campo de estudo, sem imiscuir-se no segundo⁴¹⁹. “Engaging in ‘theory’ the lawyer seems to engage himself, on his own assumptions, with something other than law.”⁴²⁰ A impressão que se tem

⁴¹⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia...* p. 1. “Typically, reflection on the ‘political foundations’ of international law has been undertaken in the introductory or ‘methodological’ sections of standard treatises. These have had only marginal – if any – consequence on the doctrinal elaborations of different areas of international law.” (Loc. cit.)

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁴²⁰ Loc. cit.

é que os manuais de direito – que corporificam, por excelência, a doutrina jurídica – devem tratar exclusivamente de problemas práticos relativos à interpretação e à aplicação das normas jurídicas, enquanto questões mais abstratas são relegadas a outras áreas das Ciências Sociais, como a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política.

O autor salienta que, para ser mais exato, é preciso reconhecer que, muitas vezes, os juristas se preocupam com aspectos teóricos, como, *e.g.*, o fundamento da obrigação jurídica, o significado do termo soberania e a natureza sociológica das relações entre os Estados. Não obstante, em todos esses assuntos tem prevalecido o dissenso, de forma que o debate tende a desembocar em posições opostas inconciliáveis, e o acadêmico não se vê capaz de qualificar nenhum desses posicionamentos como mais verdadeiro do que os demais; ao fim e ao cabo, o que lhe resta é optar por um deles, ciente, contudo, de que se tornará vulnerável às críticas dos adversários. Em razão da insolubilidade e da suposta futilidade desses embates teóricos, o jusinternacionalista tem preferido refugiar-se na pesquisa da doutrina jurídica, acolhendo um pragmatismo acrítico e enxergando os problemas levantados pela teoria do direito como não problemas⁴²¹. Esse movimento não se mostrou eficaz, todavia, já que discussões intermináveis – também envolvendo teses e antíteses e princípios contrapostos, sem que se possa considerar qualquer posição prevalecente sobre as rivais – igualmente assolam vários temas doutrinários, como, por exemplo, o costume internacional⁴²². “There is this dilemma: in order to avoid the problems of theory, the lawyer has retreated into doctrine. But doctrine constantly reproduces problems which seem capable of resolution only if one takes a theoretical position.”⁴²³

Em sua obra, Koskenniemi visa não só a desmistificar a artificialidade dessa distinção entre doutrina jurídica e teoria do direito, mas também a superá-la. A proposta do autor é que todo argumento doutrinário sempre está informado por determinados pressupostos teóricos e, inversamente, todo marco teórico determina quais os posicionamentos doutrinários que um jurista endossará⁴²⁴. Assim, por exemplo, na seara do direito internacional costumeiro, a defesa da doutrina da objeção persistente por um jusinternacionalista sugere que ele acata premissas voluntaristas sobre o fundamento das normas internacionais; similarmente, se um acadêmico transparece filiar-se a teorias voluntaristas sobre o direito internacional, seria incoerência de sua parte se rejeitasse a tese doutrinária do objeto persistente.

⁴²¹ “The endless and seemingly inconsequential character of theoretical discourse has forced modern lawyers to make a virtue out of a necessity and turn towards an unreflective pragmatism, with the implicit assumption that the problems of theory are non-problems...” (Ibid., p. 2-3)

⁴²² Ibid., p. 3.

⁴²³ Loc. cit.

⁴²⁴ “The argument is that in each theory there is a specific conception of normative doctrine involved and each normative doctrine necessarily assumes a theory.” (Ibid., p. 4)

Para atingir seus objetivos, Koskenniemi parte da hipótese de que toda a argumentação jurídica levada a cabo pelos jusinternacionalistas tem uma estrutura unificada, que se inspira em visões de mundo e em ideais do que o autor denomina de teoria liberal da política.

I have not met an international lawyer who would have said: “Look, here is my liberal theory of politics. The international law which I teach is based on that theory”. (Though quite a few legal or political theorists have said it.) And yet, I know of no modern international lawyer who would not have accepted some central tenet in it. Obviously, this is not a matter of conscious political choice. I don’t think it is a matter of choice at all – apart from the sense that one can, presumably, in some sense “choose” whether or not one wishes to become an international lawyer. The case appears that if one tries to engage in the sort of debate about international legality which international lawyers undertake, then one is bound to accept an international legal liberalism. Self-determination, independence, consent and, most notably, the idea of the Rule of Law, are all liberal themes.⁴²⁵

Para dissecar o discurso dos juristas, Koskenniemi adota o método da desconstrução, originário do campo da Linguística. A principal assunção dessa metodologia é que o sentido de qualquer termo linguístico não está contido nele mesmo e sim é uma decorrência de seu contraste com outras expressões correlatas. Vale dizer: para que o significado de um conceito seja perfeitamente apurado, faz-se necessário diferenciá-lo de outros conceitos, por meio de sua inserção numa teia de oposições binárias⁴²⁶. “The sense of an expression is not determined ‘from the inside’ but by the formal differences which separate it, make it different from other expressions in that langue. Meaning is relational.”⁴²⁷ Para melhor esclarecer esse raciocínio, tome-se como exemplo a noção de jusnaturalismo; para que se possa delimitar seu significado de forma plena, é preciso confrontá-la com a ideia de juspositivismo; alternativamente, ainda que se busque definir o jusnaturalismo recorrendo-se a conceitos como direito natural, ordem natural, fé, justo ou bom, cada um desses termos também só adquire sentido à luz de outros que podem ser considerados seus opostos, como direito positivo, ordem social, razão, injusto e mau, respectivamente.

Koskenniemi pugna que todas as escolas de pensamento, as doutrinas e os argumentos invocados pelos jusinternacionalistas só podem ser devidamente compreendidos quando são relacionados com uma série de pressupostos que informa a linguagem do direito internacional. Essa última se funda num sistema de diferenciações conceituais em que múltiplas oposições binárias – *e.g.*, naturalismo *vs.* positivismo, idealismo *vs.* realismo, normas *vs.* procedimentos, etc. – se conectam umas com as outras, a fim de imbuir de significado cada termo usado no

⁴²⁵ Ibid., p. 5.

⁴²⁶ Ibid., p. 6-9.

⁴²⁷ Ibid., p. 9.

discurso. Quando se aplica o método da desconstrução a essas dicotomias, percebe-se que é impossível priorizar um dos conceitos em detrimento do outro que lhe é dicotômico. É que, embora os interlocutores saibam que todo par de expressões encerra uma oposição insolúvel, em última instância cada termo depende de seu oposto, para ter sentido⁴²⁸. Eis que a noção de jusnaturalismo, por exemplo, precisa correlacionar-se com a de juspositivismo, para revestir-se de pleno significado e de validade. “We cannot make a preference between alternative arguments because they are not alternative at all; they rely on the correctness of each other.”⁴²⁹

A empreitada de Koskenniemi não se cuida de um simples exercício intelectual. Afinal, para o autor, a linguagem jurídica tem impactos sociais bastante concretos: ela determina os limites do que seus interlocutores – os juristas – podem pensar ou daquilo em que podem crer. É a língua que, com seu sistema de diferenciações conceituais, estabelece as condições para o que os estudiosos do direito internacional podem discutir ou defender⁴³⁰.

We don't choose to use the concepts of international law when we enter international legal discourse. Rather, we must take a pre-existing language, a pre-existing system of interpreting the world and move within it if we wish to be heard and understood. In this sense, language precedes thought: We do not say that peoples have a right to self-determination because we think so. Rather, we come to think so because that is what we say.⁴³¹

A desconstrução, ao possibilitar que seja desvendada a estrutura oculta por detrás do discurso jurídico, traz a lume que ele, ao contrário do que aparenta, não é neutro e sim carrega consigo certa interpretação da realidade social. Uma vez exposta essa parcialidade do direito internacional, suas premissas tornam-se contestáveis, e conclui-se que suas normas não estão aptas a fornecer, para os problemas da vida internacional, resoluções tão objetivas quanto se supunha⁴³².

Conforme Koskenniemi, o primeiro rol de pressupostos que molda a linguagem dos jusinternacionalistas está contido, como já indicado, na chamada teoria liberal da política. A outra lógica orientadora da argumentação jurídica diz respeito a uma dicotomia fundamental, entre duas maneiras de retratar as normas internacionais, ora como apologia, ora como utopia. É que a disciplina do direito internacional se vê compelida, constantemente, a reafirmar suas

⁴²⁸ Ibid., p. 9-10

⁴²⁹ Ibid., p. 10.

⁴³⁰ Ibid., p. 11.

⁴³¹ Ibid., p. 12.

⁴³² Loc. cit.

fronteiras em face de teorias estritamente descritivas da realidade internacional, de um lado, e de teorias propositivas, de outro. Inobstante, muito embora tente apartar-se desses dois polos – a saber, a descrição concreta e a proposição normativa –, o direito internacional termina por oscilar entre concretude e normatividade. No primeiro extremo, as normas internacionais são entendidas como simples reflexo do comportamento, da vontade ou dos interesses estatais, e, consoante essa perspectiva, o direito internacional apenas descreve o que os Estados fazem ou querem, consistindo em nada mais do que uma apologia das relações interestatais. No outro extremo, importa que as normas internacionais possam ser impostas aos Estados, mesmo que contra a vontade ou os interesses desses últimos; conforme essa ótica, o direito internacional aproxima-se da utopia⁴³³.

A disciplina dos jusinternacionalistas não se revela capaz de preferir um dos polos em detrimento do outro. Concretude e normatividade mesclam-se no processo nomogenético. Por um lado, é fato que, ao surgirem, as normas internacionais advêm de escolhas políticas e de interações diplomáticas; por outro, contudo, assume-se que, uma vez em vigor, essas regras se autonomizam da vontade e dos interesses que lhes deram vida e se sobrepõem aos Estados. Se o direito internacional fosse completamente independente do comportamento estatal, ele não encontraria meios convincentes de justificar-se, porque teria de extrair seus fundamentos de alguma espécie de moralidade natural, preexistente às relações interestatais – e isso é algo que os juristas modernos têm dificuldade em aceitar. Em contrapartida, se o direito internacional pretende desempenhar suas funções com um mínimo de efetividade, não se pode exigir que ele leve em consideração a vontade e os interesses estatais em todos os momentos; é preciso que se afirme e que seja aplicado com imparcialidade, para ser qualificado como normativo. É por isso que, segundo Koskenniemi, o direito internacional é tanto um instrumento da política dos Estados – e, em consequência, dependente de sua vontade – quanto um rol de prescrições obrigatórias – e, portanto, independente da vontade estatal⁴³⁴.

Scholarship, too, needs to integrate a concrete and a normative aspect in itself. If the former were lacking, then it would need to assume the existence of a natural morality which is independent from State behaviour, will or interest. By lacking connection with practice, such scholarship would seem unable to demonstrate its norms in a tangible fashion. It would seem utopian. If the latter were lacking, then scholarship would lack critical distance from State behaviour, will or interest. It would remain unable to oppose to States standards which they refuse to accept at the moment of application and seem apologist.⁴³⁵

⁴³³ Ibid., p. 17.

⁴³⁴ Ibid., p. 17-20.

⁴³⁵ Ibid., p. 20.

Num nível mais profundo, essa estrutura da linguagem dos jusinternacionalistas, que se baseia na dicotomia entre apologia e utopia, expressa o que o autor nomeia teoria liberal da política. É que, em primeiro lugar, as normas jurídicas são percebidas como formuladas pelos próprios sujeitos a que elas se endereçam; inexistente qualquer ordem normativa natural ou pré-social; o ordenamento emerge da vontade e dos interesses individuais – *in casu*, estatais. Em segundo lugar, pressupõe-se que, depois de criada, essa ordem normativa vincula os mesmos sujeitos que lhe deram origem, e esses últimos não podem invocar razões subjetivas – vontade ou interesses – para afastar a aplicação imparcial dessas regras, que detêm generalidade⁴³⁶. “Concreteness at the level of rule-creation presumes normativity at the level of rule-ascertainment.”⁴³⁷

Vários debates doutrinários ilustram as tensões que permeiam esse duplo caráter, apologético e utópico, do direito internacional. As incoerências e os dilemas que acometem o estudo do costume internacional, por exemplo, são considerados por Koskeniemi um reflexo dessa ambivalência. O autor assevera que, nessa seara, os doutrinadores se têm apoiado, por vezes, em argumentos baseados no consentimento estatal, de feição apologética, e, vezes outras, em raciocínios pautados em alguma noção de justiça, pelo que podem ser classificados como utópicos. Eis que se constata, também no direito internacional costumeiro, a alternância entre concretude e normatividade⁴³⁸. A defesa dessa última, por exemplo, reside na posição de que as normas consuetudinárias, se universais e não regionais ou locais, incidem, de maneira uniforme, sobre todos os Estados independentemente de sua vontade. A contraposição, ligada à necessidade de concretude do direito internacional, propugna que todo costume precisa ser responsivo às particularidades de cada contexto e de cada relação interestatal, de modo que se admitem limitações e, até mesmo, exceções à generalidade e à uniformidade de uma regra consuetudinária, mediante a invocação de doutrinas como a do objeter persistente, a do direito costumeiro regional ou local e a da fragmentação do acervo costumeiro em diferentes regimes temáticos⁴³⁹.

Ambas as visões proveem respostas parciais para os problemas pertinentes ao costume internacional. A primeira delas está habilitada a definir o direito internacional consuetudinário como um direito geral, que se estende a todos os Estados a despeito de sua vontade e de seus

⁴³⁶ Ibid., p. 21.

⁴³⁷ Ibid., p. 22.

⁴³⁸ Ibid., p. 388.

⁴³⁹ Ibid., p. 389-394.

interesses particulares. Sem embargo, para que essas normas costumeiras não se pareçam com uma moralidade natural, hão de ser justificadas pelo estabelecimento de conexões entre elas e a prática interestatal concreta, fazendo-se referência, ainda, à respectiva *opinio juris*. O outro posicionamento consegue explicar o costume internacional como um instrumento da política estatal, ao advogar que o conteúdo das regras consuetudinárias deve variar de acordo com o contexto. Entretanto, para que não redunde numa apologia descritiva, essa perspectiva precisa aceitar que o direito internacional costumeiro, se tenciona preservar sua normatividade, deve poder ser imposto mesmo quando contraria a vontade ou os interesses estatais. A demanda por concretude espelha teorias voluntaristas sobre o direito internacional. Por seu turno, o caráter normativo do costume internacional funda-se em teorias não voluntaristas ou objetivistas. As duas óticas, porque opostas, são inconciliáveis. Ao mesmo tempo, como inexistem critérios que legitimem a preferência por uma dessas visões em detrimento da outra, os doutrinadores permanecem aprisionados em debates insolúveis, que se traduzem na insegurança dos testes relativos à identificação e à prova de uma norma consuetudinária⁴⁴⁰.

Segundo Koskenniemi, o costume internacional está perpetuamente sob o risco de ser reduzido a um acordo tácito ou a um princípio jusnaturalista, de sorte que, para evitar esses resultados, ele necessita reafirmar suas diferenças frente a ambos os extremos. Em primeiro lugar, o direito internacional costumeiro distingue-se dos tratados porque é menos consensual: a rigor, ele emerge por meio de um longo processo histórico, sendo pouco sensível a bruscas mudanças na vontade e nos interesses dos Estados. Por essa ótica, a norma consuetudinária é considerada vinculante não porque exprime o consentimento estatal e sim por fundamentos de outra natureza, como a tradição, a proteção de expectativas legítimas ou a necessidade social. Não obstante, é impossível conceber o costume internacional como totalmente não consensual. Do contrário, ele assemelhar-se-ia ao direito natural e ficaria vulnerável às críticas dirigidas ao jusnaturalismo⁴⁴¹. Essa rejeição da norma costumeira como um princípio jusnaturalista não pode, contudo, levar à posição extrema de aproximar, em demasia, o costume do tratado, uma vez que, em consequência, se recai na conclusão apologética de que, se basta o consentimento, então tudo o que os Estados fazem – ou seja, qualquer padrão de conduta estatal – cria regras consuetudinárias. Para impedir esse desfecho inaceitável, recorre-se ao aspecto psicológico do costume internacional, a *opinio juris*⁴⁴². Koskenniemi demonstra,

⁴⁴⁰ Ibid., p. 394-396.

⁴⁴¹ Ibid., p. 397-399.

⁴⁴² Ibid., p. 409.

porém, que nem mesmo a doutrina do duplo elemento das normas costumeiras está a salvo desse movimento pendular entre apologia e utopia.

Para o autor, nenhum dos requisitos – nem a prática internacional, nem a *opinio juris* – pode ser priorizado ou descartado sem que o costume internacional fique vulnerável à objeção de ser muito apologético ou excessivamente utópico⁴⁴³. Koskenniemi analisa uma miríade de teorias monistas, puramente materialistas, sobre a composição das regras consuetudinárias. Para elas, na aferição de uma norma costumeira, o elemento psicológico é dispensável, sendo bastante assinalar a existência de uma prática reiterada – *i.e.*, de um padrão de conduta – nas relações interestatais. O autor remarca, porém, que a rejeição de um requisito subjetivo resulta ou numa indistinção entre fato e direito, ou num recurso a critérios de justiça para identificar os atos que, mediante sua repetição, podem gerar normas jurídicas – uma tese que, devido a sua feição jusnaturalista, pode ser tachada de utópica⁴⁴⁴.

Similarmente, os posicionamentos doutrinários, também monistas, que consideram suficiente a presença do elemento psicológico, enxergando como desnecessária a prova da materialidade de uma regra consuetudinária, não têm melhor sorte. É que, se basta a *opinio juris* para a formação de um costume internacional, a discussão se põe a orbitar em torno da natureza desse conceito e tende a desembocar, como antes, em apologia ou em utopia. Se a *opinio juris* for entendida como a crença de que certa prática internacional *já* é juridicamente obrigatória, então ela é apenas declaratória de uma norma costumeira *já* consolidada; nessa visão, como o elemento psicológico parece ter muito pouco a contribuir, o elemento material readquire importância, todavia, em consequência, as críticas dirigidas ao materialismo puro – indicadas no parágrafo anterior – também voltam a ser pertinentes. Se, ao contrário, a *opinio juris* for vista não como declaratória e sim como constitutiva de um costume internacional – por exemplo, quando ela é sinônimo de vontade ou de consentimento estatal –, então tudo o que os Estados fazem ou querem produz normas costumeiras, mas essa conclusão peca por ser demasiado apologética. Houve ensaios de conciliação que buscaram tornar a *opinio juris* em parte declaratória e em parte constitutiva, porém, segundo Koskenniemi, nem mesmo esses esforços se mostraram isentos de problemas – porque, entre outras razões, a ideia de crença (*opinio juris* declaratória) não se confunde com a de vontade (*opinio juris* constitutiva)⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Ibid., p. 410.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 411-414.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 414-427. “We cannot compromise and hold the psychological element as partly an object of knowledge, partly an object of will. The liberal theory of politics is premised on a dualistic psychology. The categories of will and knowledge are, in it, fundamentally different. Their separation reflects the separation – indeed opposition – of what is subjective and what objective. An object of will exists merely by virtue of

Como resultado, para evitar os extremos da apologia e da utopia, decorrentes de uma preferência em favor do elemento psicológico ou do material, a doutrina majoritária passou a enxergar ambos os requisitos como necessários. Ao fazê-lo, entretanto, incorreu no vício da circularidade: de um lado, assume-se que a prática internacional serve de evidência para a *opinio juris*; de outro, essa última é empregada como referência para a identificação da prática internacional juridicamente relevante⁴⁴⁶. Para fugir à apologia, os juristas inferem o elemento psicológico a partir do material e, para lidar com o risco de utopia, examinam o elemento material à luz do psicológico. Não obstante, nenhuma dessas perspectivas prevalece, porque está sempre sujeita às críticas da adversária, pelo que não resta opção ao jusinternacionalista a não ser ficar oscilando, constantemente, entre as duas óticas⁴⁴⁷.

This proves fatal to the practice of problem-solution. Because indeterminate, customary law doctrine can only produce solutions which remain vulnerable to the criticisms compelled by itself. Any proposed solution – that is, any attempt to cease the shifting of perspectives at some point – will have to appear as either apologist (because it prefers psychology to behaviour) or utopian (as it privileges behaviour over psychology).⁴⁴⁸

No restante de sua exposição, Koskenniemi aponta como as dicotomias presentes em dois debates típicos da seara do direito internacional costumeiro – o primeiro entre costume geral e costume regional ou local⁴⁴⁹, e o segundo entre permanência e mudança das normas consuetudinárias⁴⁵⁰ – remetem à dicotomia fundamental que estrutura a argumentação dos jusinternacionalistas: apologia vs. utopia, ou concretude vs. normatividade. Outrossim, o autor propala que duas soluções comumente adotadas pela jurisprudência para enfrentar os desafios inerentes à prova de uma regra costumeira tampouco escapam de excessos apologéticos ou

having willed. And, of course, anybody can will anything. An object of knowledge, however, has an existence independent from the process of knowing itself. If we think that rules of law emerge from being willed, then any knowledge about some extravoluntary reality is merely superfluous. If we believe that their existence is grounded in something else than will, then it becomes singularly irrelevant to refer to whatever anyone might will.” (Ibid., p. 422)

⁴⁴⁶ “It does not seem at all possible to establish a general custom, opposable to a State, by means of looking at general State practice and the *opinio juris*. This is so because the argument is circular. We have recourse to material practice only because there is no way to find out what the *opinio juris* is without asking the States themselves and thereby lapsing into apologetism. But we cannot hold all material practice as binding. In order to distinguish between normative and non-normative practice we need either to have a theory of the intrinsically normative character of some actions – and become vulnerable to the objection of utopianism – or focus on the subjective meaning of the practice to the States themselves – a possibility excluded by our previous denial of it being possible to know the *opinio* independently of its manifestations in practice.” (Ibid., p. 461)

⁴⁴⁷ Ibid., p. 427-438.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 438.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 438-450.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 450-461.

utópicos. De um lado, os tribunais valem-se do artifício da bilateralização, ou seja, avaliam a existência e o conteúdo de um costume internacional cingindo-se às relações bilaterais dos Estados envolvidos na controvérsia sob sua apreciação. Essa metodologia, porque recorta o contexto a ser levado em consideração, faz sobressair as circunstâncias particulares do caso concreto, sujeitando a norma consuetudinária ao teor da vontade e dos interesses estatais, pelo que incorre em apologia⁴⁵¹. A segunda estratégia jurisprudencial para resolver conflitos que concernem ao direito internacional costumeiro tem sido o recurso à equidade. Por essa via, a regra aplicável exsurge de um juízo de ponderação. O perigo é que – lembra Koskenniemi –, segundo a CIJ, não existem critérios para delimitar quais fatores, num julgamento *ex aequo et bono*, são relevantes, pelo que despontam críticas de subjetivismo, de criatividade judicial excessiva e de utopia, devido ao uso de argumentos morais e de teorias da justiça⁴⁵².

Confia-se que o presente resumo foi suficiente para clarificar como, para Koskenniemi, a estrutura da linguagem jurídica, entendida como um sistema de diferenciações conceituais, aprisiona os jusinternacionalistas em armadilhas argumentativas e leva tanto a doutrina quanto a jurisprudência do direito internacional – em especial no âmbito costumeiro – a incoerências e à indeterminação.

Algumas críticas podem ser endereçadas à obra *From Apology to Utopia*. Uma delas é que, à primeira vista, remanesce a impressão de que o autor se limita a criticar por criticar, sem oferecer proposições construtivas que façam os debates avançar. Essa observação não resiste a um olhar mais aprofundado, contudo, porque o propósito da Teoria Crítica do Direito, a que Koskenniemi se filia, é, com efeito, tão só denunciar a parcialidade e as contradições que se escondem sob a suposta objetividade e a aparente consistência da lógica jurídica. Em contrapartida, é cabível sustentar que, ao menos no que diz respeito ao costume internacional, os *insights* do autor não inovam muito: tudo o que eles fazem é colocar sob outras luzes – sob a ótica da bipolaridade entre apologia e utopia – diversas tensões e problemas que, há tempos, os jusinternacionalistas já reconhecem em sua produção acadêmica e jurisprudencial. É como se Koskenniemi trouxesse mais do mesmo, só que com um enfoque distinto. Ainda, no dizer de Levine: “Koskenniemi seems to be, in large part, creating his own problems. [...] And it also seems that Koskenniemi may be too quick to find contradiction where there is only tension and puzzlement.”⁴⁵³

⁴⁵¹ Ibid., p. 462-467.

⁴⁵² Ibid., p. 467-473

⁴⁵³ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 66.

4.2 Conclusões do Capítulo 4

As perspectivas elencadas acima possuem méritos e deméritos. Como visto, as óticas chamadas racionalistas valem-se da Teoria dos Jogos e da Teoria das Relações Internacionais para explicar a origem das normas costumeiras e seus efeitos – ou a ausência desses efeitos – sobre o comportamento dos Estados. Já a teoria discursiva a ser proposta no capítulo seguinte também se pautará na Teoria das Relações Internacionais, mas não para tratar do surgimento ou da finalidade do costume internacional e sim para lidar com o meio do caminho, *i.e.*, com a evolução do direito internacional consuetudinário ao longo do tempo; e não para responder a um porquê e sim a um como: como as normas costumeiras mudam, apesar dos empecilhos do paradoxo temporal e do fato de que, a princípio, qualquer comportamento destoante de uma regra consuetudinária é considerado uma violação (ilegal) e não uma inovação (legal).

Por seu turno, a teoria crítica sobre o costume internacional, mais especificamente a de Martti Koskenniemi, apoia-se na Linguística para desvendar as tensões e as incoerências ocultas na linguagem dos jusinternacionalistas. Em contraposição, a abordagem discursiva a ser apresentada subsequentemente usará a Linguística não com o propósito de criticar e sim de maneira propositiva, a saber, para cunhar um pano de fundo – um marco teórico uno – que seja capaz de acomodar as várias posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes sobre o direito internacional consuetudinário, bem como as diferentes interpretações que a apuração da prática internacional e da *opinio juris* referentes a certa regra costumeira pode suscitar.

Repita-se que a teoria discursiva a ser desenvolvida não tenciona posar de preferencial ou de superior às demais óticas. Cada perspectiva teórica deve ser encarada como uma lente que proporciona um olhar distinto sobre a realidade, iluminando alguns aspectos e deixando outros na sombra. Desse modo, se tomada solitariamente, toda visão é parcial e incompleta, mas tem sua respectiva aplicabilidade. Um estudo pleno do costume internacional demanda a combinação de diversos marcos teóricos. Assim, por exemplo, se as teorias racionalistas são capazes de explicar *por que* o direito internacional consuetudinário muda – ao entender que, quando os interesses estatais se alteram, as normas costumeiras hão de adaptar-se de forma correspondente –, a abordagem discursiva defendida nesta dissertação conseguirá esclarecer como essa mudança se dá.

5 UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL

A teoria discursiva que será defendida neste capítulo extrairá inspiração da ótica construtivista das Relações Internacionais, de um lado, e de *insights* da Linguística, de outro. Recorde-se que o marco teórico proposto visa a solucionar os seguintes problemas da doutrina clássica sobre o costume internacional: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário; b) o paradoxo temporal; c) a incapacidade do teste ortodoxo de racionalizar como nascem novas normas costumeiras ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do costume internacional – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*.

Nas linhas abaixo, enunciam-se, um a um, os pressupostos teóricos colhidos da seara das Relações Internacionais e da filosofia da linguagem.

5.1 A contribuição da Teoria das Relações Internacionais

5.1.1 Relações Internacionais e Direito Internacional

As disciplinas das Relações Internacionais e do Direito Internacional apresentam um longo histórico de cordialidade. Com efeito, por décadas antes da Segunda Guerra Mundial, acadêmicos das duas áreas perseguiram objetivos comuns na elaboração, na interpretação e na efetivação das normas internacionais. O conflito mundial pôs fim a essa era de convergência disciplinar, à medida que cientistas políticos como Edward H. Carr⁴⁵⁴ e Hans J. Morgenthau⁴⁵⁵ passaram a criticar o idealismo que permeara os estudos do período entreguerras; autores como os citados, designados como realistas pela literatura internacionalista, puseram-se a duvidar da aptidão do direito internacional para constranger a atuação estatal, argumentando que suas regras eram criadas, interpretadas e, sobremaneira, aplicadas pelos próprios Estados. Em decorrência, no pós-Segunda Guerra, temáticas referentes ao direito internacional foram marginalizadas nos campos da Ciência Política e das Relações Internacionais, em especial nos EUA, mas não tanto no Reino Unido, como se

⁴⁵⁴ CARR, Edward H. **Vinte anos de crise: 1919-1939**. Uma introdução ao estudo das relações internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001.

⁴⁵⁵ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

depreende, por exemplo, da obra de Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷.

Essa tendência foi reforçada pelo surgimento, igualmente em solo norte-americano, da perspectiva neorrealista das Relações Internacionais, também chamada realismo estrutural⁴⁵⁸; de acordo com essa teoria, a única variável importante na análise do sistema internacional é a distribuição de capacidades e de poder entre os Estados, pelo que não sobra espaço para uma preocupação mais detida com as normas internacionais. De fato, para a grande maioria das vertentes realistas, o direito internacional não passa de um instrumento à disposição dos atores e, frequentemente, reflete os interesses dos Estados mais fortes; logo, as regras internacionais são passíveis de manipulação, mas, no sentido inverso, não têm impacto significativo sobre o comportamento dos entes estatais⁴⁵⁹.

A disciplina do Direito Internacional reagiu de duas maneiras aos desafios impostos pelo realismo. Pela primeira, muitos juristas preferiram afastar-se das reflexões teóricas e imergir ainda mais fundo na pesquisa doutrinária e na resolução de problemas técnicos. Pela segunda, outros se empenharam em demonstrar a relevância prática das normas internacionais, ora estreitando os laços entre direito e política, ora redirecionando o enfoque de seus estudos – de regras para procedimentos –, ora reavaliando as funções atribuídas à norma jurídica – que, se antes se restringia a orientar condutas e a estabelecer obrigações, passou a incluir aspectos ligados a processos de socialização, como comunicar, assegurar, monitorar e produzir rotinas de comportamento⁴⁶⁰. Mais especificamente, algumas dessas respostas levaram à emergência de uma nova perspectiva jusinternacionalista, a Escola de New Haven⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics**. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002.

⁴⁵⁷ DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue. In: _____. **Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations: The State of the Art**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 5

⁴⁵⁸ WALTZ, Kenneth N. **Theory of International Politics**. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1983.

⁴⁵⁹ DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. Op. cit. p. 5-6.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 6.

⁴⁶¹ Inaugurada por Myres S. McDougal e por Harold D. Lasswell, a Escola de New Haven é conhecida por entender a jurisprudência como voltada para a consecução de políticas públicas (*policy oriented jurisprudence*). O direito é produto de um processo sempre inacabado de decisões dotadas dos atributos de autoridade e de controle. A autoridade delas advém de sua conformidade com os valores e com as expectativas da comunidade a que se endereçam. Paralelamente, essas decisões revelam-se aptas a controlar as interações internacionais se contarem com suficientes bases de poder. Por fim, ressalte-se que, para a Escola de New Haven, o direito internacional serve a um propósito específico: promover a ordem pública mundial, que, por sua vez, se destina à promoção da dignidade humana (REISMAN, Michael W.; WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. *The New Haven School: A Brief Introduction*. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 32, p. 575-577, 2007). É perceptível que, segundo essa teoria, assim como para o realismo das Relações Internacionais, o poder é elemento crucial para a compreensão do

Igualmente na seara das Relações Internacionais, novas perspectivas teóricas surgiram para fazer frente aos realistas. Na década de 1980, o estudo das organizações internacionais, por exemplo, viu-se impulsionado pela introdução de conceitos como instituições e regimes internacionais⁴⁶², de um lado, e pela adoção de premissas racionalistas⁴⁶³, de outro. Também por volta dessa época, consolidaram-se algumas das teorias construtivistas, de cunho sociológico e ideacional, e destacando os entendimentos compartilhados e os discursos justificadores que moldam as identidades e os interesses dos Estados, bem como as normas internacionais; essas óticas serão mais exploradas adiante, já que nortearão o exercício de construção teórica objeto desta dissertação. Para finalizar a presente retrospectiva, ressalte-se o aparecimento, nos anos 1990, de novas correntes do liberalismo das Relações Internacionais, atentando para o papel de atores e de fatores domésticos na determinação do comportamento estatal e na efetivação do direito internacional⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵.

Após findar a Guerra Fria, proliferaram trabalhos acadêmicos que incentivavam uma reaproximação entre as disciplinas do Direito Internacional e das Relações Internacionais. No *Yale Journal of International Law*, Kenneth W. Abbott publicou artigo, em 1989, salientando as oportunidades que teorias internacionalistas sobre regimes e sobre cooperação ofereceriam para os juristas, a quem recomendava que se tornassem funcionalistas, em lugar de meros formalistas⁴⁶⁶. Em 1993, no *American Journal of International Law*, um dos periódicos mais proeminentes na área do Direito Internacional, Anne-Marie Slaughter Burley também resumiu para o público jusinternacionalista várias teorias das Relações Internacionais – e de maneira menos expositiva e mais crítica do que na outra publicação supramencionada⁴⁶⁷. No texto de Slaughter Burley, prestigiam-se certas vertentes do liberalismo internacionalista, em razão da maior atenção que dedicam a atores não estatais, cuja contribuição para a elaboração e para a

comportamento estatal. Não obstante, os teóricos de New Haven, diferentemente dos realistas, enxergam as normas internacionais menos como constritivas de condutas e mais como propagadoras de valores – e, entre esses últimos, não é só o poder que importa. Outrossim, o Estado não é tido como o único ator relevante das relações internacionais (ibid., p. 578; DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. Op. cit. p. 6).

⁴⁶² KRASNER, Stephen D. *Structural Causes and Regime Consequences: A State of the Art on an Art of the State*. **International Organization**, Cambridge, v. 40, n. 4, p. 753-775, 1982.

⁴⁶³ KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in World Political Economy**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984. V. seção 3.1.1.

⁴⁶⁴ MORAVCSIK, Andrew. *Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics*. **International Organization**, Cambridge, v. 51, n. 4, p. 513-553, 1997.

⁴⁶⁵ DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. Op. cit. p. 7-8.

⁴⁶⁶ ABBOTT, Kenneth W. *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers*. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 14, n. 2, p. 335-411, 1989.

⁴⁶⁷ SLAUGHTER BURLEY, Anne-Marie. *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*. **The American Journal of International Law**, Washington D.C., v. 87, n. 2, p. 205-239, 1993.

promoção de normas internacionais não deve ser desprezada⁴⁶⁸. No artigo, a autora conclui que “[the] prospects for genuine interdisciplinary collaboration, to the benefit of both disciplines, have never been better”⁴⁶⁹. Do lado das Relações Internacionais, merece realce o lançamento de edição especial do periódico *International Organization* devotada ao tema da legalização da política global; embora não contivesse exortação explícita em prol da interdisciplinaridade, a mensagem da publicação era evidente: internacionalistas e cientistas políticos não deviam furtar-se a analisar os fenômenos jurídicos do cenário internacional⁴⁷⁰.

Jeffrey L. Dunoff e Mark A. Pollack apontam algumas das lacunas implícitas em todos esses chamados ao diálogo. Resta claro, por exemplo, que a colaboração proposta em cada um desses trabalhos é, sobretudo, unilateral e não de via dupla: a expectativa é que os aportes e as lições teóricas provenham do campo das Relações Internacionais e beneficiem a disciplina do Direito Internacional, sem que essa última consiga retribuir à altura. Ainda mais importante: o enfoque dos artigos tende a recair sobre perspectivas racionalistas das Relações Internacionais, ignorando ou subestimando a adequação de óticas sociológicas, como o construtivismo, ao estudo do direito internacional. É por isso que, com frequência, muitos jusinternacionalistas associam a Teoria das Relações Internacionais com pressupostos realistas, estadocêntricos ou racionalistas, em geral céticos quanto à efetividade das normas internacionais. Sem embargo, como advertem Dunoff e Pollack, a atual diversidade dos marcos teóricos internacionalistas – para além do crescente ecletismo em sua aplicação – contradiz frontalmente a crença de que, se os juristas buscarem inspiração na disciplina das Relações Internacionais, terão de aderir a uma única ótica que é uniformemente hostil ao direito internacional⁴⁷¹.

Com efeito, ambas as áreas revestem-se de pluralismo teórico e têm muito a aprender com as diferenças uma da outra⁴⁷². Ainda persiste, contudo, certa seletividade na apreensão do

⁴⁶⁸ Ibid., p. 225 *et seq.*

⁴⁶⁹ Ibid., p. 238.

⁴⁷⁰ DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. Op. cit. p. 9.

⁴⁷¹ Ibid., p. 9-12. A bem da verdade, visões equivocadas também seguem no outro sentido, das Relações Internacionais para o Direito Internacional. “It appears that many political scientists are concerned that legal scholarship is overtly normative and fails to generate predictive, testable hypotheses; is highly formalistic, overly technical, and inaccessible to those who lack legal training; and ignores issues of fundamental interest to IR [International Relations] scholars, such as the role of power asymmetries in producing international outcomes. In this view, the discipline of international law may appear as a sort of theoretical *tabula rasa*, waiting to be written on by IR scholars. However, just as some international lawyers hold outdated views of IR theory, many IR scholars hold a mistaken and outmoded view of contemporary IL [International Law] theory. [...] The reality is that legal scholars are no longer centrally preoccupied with doctrinal analysis.” (Ibid., p. 13-14)

⁴⁷² Dunoff e Pollack dissertam sobre essas divergências, tanto no plano ontológico quanto no epistemológico (ibid., p. 14-21).

que cada disciplina pode oferecer à outra. No que concerne ao costume internacional, em suas análises, os juristas baseiam-se, sobretudo, em assunções racionalistas, como é possível apurar no levantamento teórico feito no Capítulo 4. Conquanto esses pressupostos nem sempre sejam extraídos de perspectivas das Relações Internacionais – Goldsmith e Posner, *e.g.*, baseiam-se na Teoria dos Jogos, uma subárea da Matemática –, sem dúvida eles se coadunam com os de correntes racionalistas do realismo e do liberalismo internacionalista. Não obstante, apurou-se que autores como Martti Koskenniemi são exceção a essa regra, na medida em que enveredam pelo caminho da Teoria Crítica do Direito – que, por sua vez, muito se aproxima de vertentes teóricas pós-modernas das Relações Internacionais⁴⁷³. Não se encontrou notícia, entretanto, de trabalhos que tenham se valido de uma ótica internacionalista muito apropriada para o estudo do direito internacional costumeiro: o construtivismo⁴⁷⁴. Assinale-se que Michael Byers, cuja obra foi abordada na seção 4.1.1, chega a fundar-se em conceitos construtivistas, como a ideia de entendimentos compartilhados. Sem embargo, sua insistência na racionalidade dos Estados e sua conclusão de que as normas consuetudinárias são instrumentais à proteção dos interesses estatais não o distanciam do pensamento racionalista. A proposta desta dissertação não se confunde com a de Byers. Quer-se demonstrar que uma abordagem construtivista mais sociológica e mais próxima da filosofia da linguagem tem bastante a contribuir para o estudo do direito internacional costumeiro.

5.1.2 O construtivismo das Relações Internacionais

O termo construtivismo refere-se a um conjunto de teorias das Relações Internacionais dedicadas ao exame de normas, de regras e de instituições. O primeiro desses marcos teóricos surgiu depois do fim da Guerra Fria como reação às óticas denominadas racionalistas, como o neorealismo e certas correntes do liberalismo. O construtivismo encara o fenômeno jurídico como uma miríade de *standards* de conduta provenientes de expectativas, de conhecimentos e

⁴⁷³ A propósito, Koskenniemi é crítico severo da adoção de teorias das Relações Internacionais pelos jusinternacionalistas. Para ele, essas perspectivas teóricas enxergam as normas internacionais como obstáculo à maximização de utilidade pelos Estados e ameaçam privar o direito internacional de autonomia e de normatividade (KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law – 20 Years Later*. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 20, n. 1, p. 15, 2009).

⁴⁷⁴ Isso não significa que outros segmentos do direito internacional – como, *e.g.*, a formação de normas internacionais em geral, ou o uso de argumentos jurídicos no âmbito do Conselho de Segurança da ONU – não tenham sido explorados sob as luzes do construtivismo. É o que relatam Jutta Brunnée e Stephen J. Toope (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Constructivism and International Law*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A (Ed.). **Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations: The State of the Art**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 132-135).

de valores compartilhados pelos agentes sociais⁴⁷⁵. A ótica construtivista não segue a posição racionalista de que as normas consistem em simples variáveis externas à interação social que modificam cálculos de custo-benefício de atores racionais. Devido a suas origens sociológicas, o construtivismo enxerga toda norma como construída no curso de processos interacionais e, ademais, como fonte de efeitos constitutivos sobre a realidade social. Trata-se aqui de normas *sociais*, não necessariamente jurídicas. Na verdade, é importante esclarecer que nem todos os autores construtivistas preocuparam-se em desenvolver critérios que indiquem quando uma norma passa a revestir-se de juridicidade, e entre os que o fizeram não há consenso quanto à conceituação de direito⁴⁷⁶.

Embora o construtivismo reconheça a importância do poder e dos interesses materiais, seu foco direciona-se para o papel que a cultura, as ideias, os discursos e as normas cumprem na constituição das identidades dos agentes sociais e na orientação de seu comportamento. Por esse motivo, a abordagem construtivista é especialmente adequada para explicar a formação e a transformação de estruturas sociais, inclusive estruturas normativas, a exemplo do costume internacional. No âmbito das Relações Internacionais, o construtivismo sói ser inserido a meio caminho entre as perspectivas reflexivistas ou pós-modernas – preocupadas em compreender e em interpretar os processos sociais e seu funcionamento (como eles influenciam os agentes sociais? E como são por eles moldados?) – e as racionalistas – que visam a discernir relações de causalidade (*i.e.*, de causa-efeito) por detrás dos fenômenos sociais (por que determinada norma surgiu? Por que certo ator se comportou de tal ou qual maneira?)⁴⁷⁷.

O termo construtivismo foi cunhado pelo internacionalista Nicholas Greenwood Onuf na obra *World of Our Making* (1989)⁴⁷⁸, todavia as origens das premissas desse marco teórico jazem em trabalhos mais antigos, dos campos da Sociologia, da Filosofia e da Linguística. De Max Weber, por exemplo, os construtivistas apropriaram-se da ideia de que o mundo social é produzido intersubjetivamente, vale dizer, por meio de interações entre os agentes sociais, que formulam, exprimem, compartilham e debatem os significados de práticas, de instituições, de normas e das próprias identidades. Para o construtivismo, todos os elementos aparentemente materiais que compõem a realidade não são puramente materiais: para que tenham relevância

⁴⁷⁵ Para simplificar a presente exposição e a posterior elaboração de uma teoria discursiva do costume internacional, consideram-se agentes sociais relevantes apenas os Estados, com as ressalvas feitas na seção 3.1.1.

⁴⁷⁶ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Constructivism and International Law*. p. 119-122.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 121-122.

⁴⁷⁸ ONUF, Nicholas Greenwood. **World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations**. Columbia: University of South Carolina Press, 1989. p. 1.

social – ou seja, para que tenham algum impacto constitutivo sobre a sociedade –, eles não de conter também um traço ideacional⁴⁷⁹.

Tome-se o costume internacional como exemplo: sabe-se que seu substrato material é um conjunto de atos reiterados e difundidos em meio a vários Estados; contudo, para que cada um desses atos possa ser considerado uma afirmação de certa norma consuetudinária, ele deve ser interpretado e imbuído de significado. No caso do direito de passagem inocente – outrora costumeiro, hoje codificado –, não basta que se identifique a travessia de um navio pelo mar territorial de um Estado que não o de sua bandeira; é preciso que esse ato seja avaliado à luz do conceito de passagem inocente e de seus requisitos; frise-se, a propósito, que diversos elementos a serem apreciados nessa análise apresentam feição mais ideacional do que material, como, *e.g.*, a ideia de mar territorial. Ao longo de contínuas negociações, os significados que os agentes sociais atribuem a suas práticas, à medida que delas participam, se estabilizam e se disseminam, surgindo entendimentos compartilhados ou coletivos⁴⁸⁰.

Por fim, assinala-se que o estruturacionismo do sociólogo Anthony Giddens inspirou a assunção construtivista de que nem os agentes, nem as instituições sociais (como o direito) têm precedência: ambos constroem-se recíproca e simultaneamente, num processo chamado de coconstituição⁴⁸¹. É que as estruturas sociais “are inseparable from the reasons and self-understandings that agents bring to their actions”⁴⁸², de sorte que não é possível concebê-las como existentes previamente à interação social. Desse modo, o construtivismo contribui para a compreensão da centralidade da interação social e das práticas internacionais na emergência e no funcionamento do direito internacional⁴⁸³.

O problema é que, conquanto todos esses *insights* representem avanços dos pontos de vista sociológico e filosófico, tradicionalmente a visão construtivista não diferencia as normas e as instituições jurídicas das normas e das instituições sociais em geral. Assim é que autores como Nicholas Onuf⁴⁸⁴ e Friedrich Kratochwil⁴⁸⁵, apesar de dedicarem-se ao estudo do direito internacional, não se preocupam em destacar as características que singularizam o fenômeno jurídico frente aos demais fenômenos sociais⁴⁸⁶.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 122-123

⁴⁸⁰ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Constructivism and International Law*. p. 122-123.

⁴⁸¹ ADLER, Emanuel. **Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations**. New York: Routledge, 2005. p. 55-56.

⁴⁸² WENDT, Alexander. *Op. cit.* p. 359.

⁴⁸³ Ibid., p. 129.

⁴⁸⁴ ONUF, Nicholas Greenwood. *Op. cit.*

⁴⁸⁵ KRATOCHWIL, Friedrich. **Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

⁴⁸⁶ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Constructivism and International Law*. p. 125.

[Relatively] little direct attention is paid to how actors turn social norms into law. Of course, as our survey of the salient literature has illustrated, constructivists are interested in the emergence of international norms in general. And yet, when it comes to international law, even the emergence of customary law has received relatively little close attention.⁴⁸⁷

Com efeito, poucos são os construtivistas que procedem a essa distinção entre o direito e as outras estruturas normativas socialmente construídas⁴⁸⁸. Igualmente, alguns juristas, como os da Escola de New Haven, têm empreendido análises cujas premissas se assemelham às do construtivismo⁴⁸⁹, enquanto outros têm desenvolvido pesquisas explicitamente guiadas por um marco teórico construtivista⁴⁹⁰. Um dos raros trabalhos nesse sentido, e provavelmente o mais completo, foi elaborado por Jutta Brunnée e por Stephen J. Toope⁴⁹¹. Cuida-se da denominada teoria interacional do direito internacional.

5.1.3 A teoria interacional do direito internacional

A proposta teórica de Brunnée e de Toope enfatiza, de um lado, as propriedades que definem as normas jurídicas e, de outro, a chamada prática de legalidade, que se vê conectada àquelas primeiras, consoante preconiza uma abordagem construtivista do direito⁴⁹². Os autores remarcam que se mostravam insatisfeitos com as perspectivas teóricas tradicionais acerca do direito internacional, devido a sua escassa compatibilidade com os processos contemporâneos de criação e de aplicação das normas internacionais, bem como a sua compreensão deficiente da ideia de obrigação jurídica internacional⁴⁹³. Muitas dessas teorias clássicas traçam analogias entre os ordenamentos domésticos e o sistema jurídico internacional, reproduzindo um rol de assunções que pouco tem a oferecer para um entendimento acurado do direito internacional, a exemplo das exigências de que as normas

⁴⁸⁷ Ibid., p. 136.

⁴⁸⁸ Cite-se, por exemplo, Christian Reus-Smit: REUS-SMIT, Christian. *The Politics of International Law*. In: _____, **The Politics of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press 2004. p. 14-44.

⁴⁸⁹ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Constructivism and International Law*. p. 129-132.

⁴⁹⁰ Mencione-se, por exemplo, o trabalho de Ian Johnstone – a ser esmiuçado mais abaixo – sobre o uso de argumentos jurídicos no âmbito do Conselho de Segurança da ONU: JOHNSTONE, Ian. *Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument*. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 14, n. 3, p. 437-480, 2003.

⁴⁹¹ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Legitimacy and Legality in International Law*.

⁴⁹² Id. *Constructivism and International Law*. p. 136.

⁴⁹³ Id. *Legitimacy and Legality in International Law*. p. 5.

jurídicas devem emanar de uma autoridade superior, ser aplicadas por tribunais, ou receber o respaldo de mecanismos centralizados de efetivação⁴⁹⁴.

“Yet, if law is viewed... as a hierarchically ordered imposition of social control emanating from a *de facto* sovereign, a purely theoretical ‘*Grundnorm*’, or even a ‘rule of recognition’, then the persistently horizontal structure of international law will prove troublesome.”⁴⁹⁵

Brunnée e Toope acolhem as reflexões do jurista Lon Fuller, originalmente destinadas a explicar o direito doméstico, e afirmam que os atributos distintivos das normas jurídicas não dizem respeito à forma⁴⁹⁶ e sim a critérios específicos de legalidade. Quando a nomogênese e a aplicação do direito satisfazem a esses requisitos, pode-se considerar existente uma prática de legalidade entre os agentes sociais, que passam a racionalizar seus propósitos e a organizar suas interações à luz de normas jurídicas. Esses caracteres de legalidade são essenciais para o surgimento de um senso de comprometimento – designado por Fuller como fidelidade – para com o direito em meio aos sujeitos a que ele se endereça, e disso resulta a obrigação jurídica⁴⁹⁷.

Calcando-se em Fuller, a teoria interacional de Brunnée e de Toope entende o direito como um empreendimento coletivo, alicerçado em contínuas interações entre os participantes da referida prática de legalidade – *in casu*, os Estados⁴⁹⁸. A consolidação de normas jurídicas não depende de que haja hierarquia entre os legisladores e os sujeitos de direito; é necessário,

⁴⁹⁴ Ibid., p. 6. Essas premissas construtivistas sobre o direito, em sua maioria associadas ao positivismo jurídico, estão presentes tanto nas bases teóricas de juristas quanto nas de vários acadêmicos construtivistas das Relações Internacionais: “[with] a few exceptions, then, constructivists have assumed a concept of law that is largely hierarchical and ‘authority’ based. For this reason, many constructivists still tend to see law as a set of posited requirements, created through state institutions or with the consent of states” (id. *Constructivism and International Law*. p. 127-128).

⁴⁹⁵ Id. *Legitimacy and Legality in International Law*. p. 10.

⁴⁹⁶ “Our concern is that legal formalism pervades the practice of international law today – hence the exclusive reliance on sources of law as a means to define the existence of binding rules, the assumption that decisions of the International Court of Justice apply only ‘positive’ law derived from the consent of states, and the desire to define a bright line boundary between law and non-law. [...] Nonetheless, thinking about the creation of law in purely formal terms provides only limited guidance in analysing how obligation is created in international society. Although formal indicators provide useful indicia of the existence of binding rules and, of course, ‘validity’ on the terms of the system, they are not enough.” (Ibid., p. 46)

⁴⁹⁷ Ibid., p. 6-7.

⁴⁹⁸ A bem da verdade, Brunnée e Toope incluem uma gama variada de agentes – e não apenas os Estados – como participantes de uma prática de legalidade. A mídia, ONGs e os próprios cidadãos de cada país – todos, por meio de seus atos e de seus discursos, contribuem para reafirmar a observância das normas jurídicas e a aderência aos critérios de legalidade (ibid., p. 8-9). “[Although] states remain dominant within the system, they are influenced (admittedly in different ways and to different extents) by the persuasive activities of less obviously powerful actors.” (Ibid., p. 45) Não obstante, para delimitar a análise levada a cabo na presente dissertação, o enfoque restringir-se-á aos Estados.

isto sim, que se constate reciprocidade entre os agentes engajados nessa empreitada, à medida que eles constroem entendimentos compartilhados e resguardam uma prática de legalidade⁴⁹⁹.

[The] hard work of international law is never done: not when a treaty is adopted or brought into force, not when a case is decided by an international court, not when the Security Council enforces a resolution through military force. Each of these examples represents but a step in the continuing interactions that make, remake or unmake international law.⁵⁰⁰

Para Fuller, o direito é encarado não como um projeto acabado e sim como um desafio sempre em andamento. As obrigações jurídicas são estabelecidas e conservadas pelos esforços constantes e recíprocos dos agentes sociais – e essa interatividade coaduna-se perfeitamente com os pressupostos do construtivismo das Relações Internacionais. Nesse ponto, Brunnée e Toope valem-se do trabalho do construtivista Emanuel Adler, que recorre ao conceito-chave de comunidade de prática, extraído da Sociologia⁵⁰¹. É dentro de uma dessas comunidades que ocorrem processos de socialização e de aprendizado social, pelos quais os agentes produzem e adquirem conhecimento sobre o mundo – por exemplo, ao conferir sentido e valor a seus atos, ao assumir uma identidade cooperativa ou confrontacionista, ou ao desenvolver expectativas sobre como devem agir em dada situação. Esses entendimentos compartilhados decorrem da própria experiência social, ou seja, de interações múltiplas e reiteradas, que, paulatinamente, acabam por fixar significados e normas que, de início, são desprovidas de juridicidade. Esse conjunto de ideias e de práticas representa a estrutura social que determina como os agentes percebem o mundo e a si mesmos, como formulam seus interesses e, enfim, como constroem seus argumentos e avaliam os argumentos uns dos outros⁵⁰².

Apenas quando esses entendimentos compartilhados – entre eles, normas de natureza meramente social, ainda não jurídicas – são reforçados por uma prática de legalidade é que se pode falar direito. Mas, como se cuida de um sistema normativo pautado na horizontalidade, sem uma autoridade superior a monopolizar a função legiferante, como distinguir as condutas exigidas tão só por razões sociais daquelas impostas por normas jurídicas? Em resposta a essa pergunta, Brunnée e Toope, na esteira de Lon Fuller, enumeram oito critérios de legalidade, que nada mais são do que propriedades internas ao direito e que o diferenciam de outros

⁴⁹⁹ Ibid., p. 7.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 8.

⁵⁰¹ Ibid., p. 22. “[When] understood as a purposive activity, law depends for its existence ‘on effective interaction and cooperation between citizens and lawmaking and law-applying officials’.” (FULLER, Lon, *apud* *ibid.*, p. 23)

⁵⁰² Ibid., p. 62-65.

fenômenos normativos⁵⁰³. Eis os requisitos de uma norma jurídica segundo Fuller: a) ela deve ter alcance geral; b) deve ser promulgada, *i.e.*, deve ostentar publicidade; c) não pode ser retroativa, mas tão só prospectiva; d) deve ser clara e precisa; e) deve evitar contradições; f) deve ser realista, não podendo exigir o impossível; g) deve ser relativamente constante; e h) é preciso verificar-se congruência entre seu conteúdo e os atos dos sujeitos a que ela se destina⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵. Saliente-se que todos esses critérios serão mais bem explicados quando, mais adiante, forem aplicados a dois casos concretos em matéria de costume internacional. Por ora, basta compreender como, na teoria de Fuller e na de Brunnée e de Toope, eles levam à cristalização de obrigações jurídicas.

Quando uma norma satisfaz os oito requisitos de legalidade, ela tende a atrair a própria aderência, ou fidelidade. Conforme esse raciocínio, a obrigação jurídica é mais acuradamente definida como a aptidão do direito para, por si mesmo, vincular os sujeitos a que se endereça, e essa obrigatoriedade deriva, antes, de um compromisso internalizado pelos agentes sociais e não de um dever externamente imposto a eles. A fidelidade que o direito inspira é, sobretudo, sentida, porquanto a aderência aos critérios de legalidade – especialmente ao da congruência – gera regras que, aos olhos de seus destinatários, detêm legitimidade jurídica⁵⁰⁶. Entendimentos compartilhados – e, particularmente, normas – que cumprem os requisitos de legalidade não de ser continuamente reforçados por uma prática de legalidade, *i.e.*, por

⁵⁰³ Ibid., p. 34. É curioso – e controverso – que Fuller designe esse rol de critérios como a “moralidade interna” do direito, na medida em que se trata de condições que não de ser cumpridas para que os agentes sociais persigam seus objetivos por meio de normas jurídicas e para que essas últimas orientem suas ações e suas interações. Não causa espanto que essa conexão entre moral e direito tenha suscitado inúmeras críticas. Sem embargo, é imperioso ressaltar que Fuller não preconiza que ambos os conceitos são coincidentes. Na verdade, ele reconhece que as normas jurídicas são singulares pela explícita responsabilidade que imputam aos agentes sociais e pelo especial senso de obrigação que geram (ibid., p. 25-26).

⁵⁰⁴ Sublinhe-se que, na terminologia original de Fuller, esse último critério é descrito como congruência entre o conteúdo da norma jurídica e a conduta dos oficiais encarregados de fazê-la cumprir. No plano internacional, contudo, como os Estados são, simultaneamente, os principais destinatários e aplicadores do direito internacional, também são eles que zelam pela congruência das ações uns dos outros. Igualmente, é possível cogitar que tribunais internacionais, ao apreciarem violações, e mesmo ONGs, ao pressionarem os entes estatais a adequar seu comportamento, contribuem para reafirmar esse e outros requisitos de legalidade.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 26. Autores como Herbert L. A. Hart e Joseph Raz criticaram severamente esses oito critérios, argumentando que eles se refeririam não à essência do direito e sim tão somente a sua eficácia. Ademais, é problemático o entendimento de Fuller de que a inobservância desses requisitos por determinada norma jurídica é uma questão moral e não meramente instrumental. Em réplica, é possível salientar que os critérios estabelecidos pelo autor são mais formais do que substantivos, de modo que a moralidade que eles encerram seria procedimental e não exatamente uma concepção do que é bom ou do que é justo (ibid., p. 28-29).

⁵⁰⁶ Ibid., p. 27. “For legal rules to emerge it is not enough... for there to exist underlying shared understandings with their attendant social legitimacy. To create ‘legal legitimacy’, the criteria of legality must also substantially be met.” (Ibid., p. 53-54)

interações em que os agentes sociais, reciprocamente, por meio de seus atos e de seus discursos, mostram prestigiar o direito e seus requisitos distintivos⁵⁰⁷.

Brunnée e Toope pugnam que a perspectiva interacional do direito internacional ajuda a clarificar a concepção tradicional do costume internacional, tido como proveniente de certa prática, acrescida da respectiva *opinio juris*. Usualmente, a doutrina recorre a uma espécie de extrapolação: se a prática for reiterada, consistente e difundida o bastante, então a *opinio juris* pode ser presumida. Todavia essa explicação não é satisfatória. O marco teórico ora abordado sugere que, quando os entendimentos compartilhados pelos agentes sociais – os Estados, para simplificar a reflexão –, bem como seus atos e seus discursos levam em conta os mencionados critérios de legalidade, se estabelece uma prática de legalidade, que equivale à ideia clássica de *opinio juris*⁵⁰⁸.

Interactional law is not dependent upon practice alone, for that would undermine any distinction between social and legal norms. But neither does it require reference to an artifice – *opinio juris* – that refers to ‘belief’ on the part of a social construct, thereby upholding the fiction of consent. Instead, we are frank that it is practice itself that grounds continuing obligation, but practice rooted in the criteria of legality.⁵⁰⁹

Uma vez que, pela teoria interacional, a *opinio juris* deixa de ser entendida como uma crença, resolve-se o paradoxo temporal que acometia o pensamento ortodoxo acerca do direito internacional costumeiro, bem como o problema correlato de que os primeiros seguidores de uma prática não procedem assim por já acreditarem em sua obrigatoriedade e sim por motivos diversos, como conveniência ou, até, uma interpretação equivocada de que aquela conduta já é obrigatória quando ainda não o é. Segundo Brunnée e Toope, uma prática social cristaliza-se como norma costumeira a partir do momento em que os entendimentos compartilhados pelos agentes sociais passam a referir-se e a resguardar os requisitos de legalidade enumerados por Fuller. Quando isso acontecer, o costume arrecadará a fidelidade de seus destinatários, devido à legitimidade jurídica que passará a ostentar⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 54 e 66.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 47

⁵⁰⁹ Loc. cit.

⁵¹⁰ Ibid., p. 47-48. Brunnée e Toope advertem, contudo, que sua perspectiva não corrobora o alcance universal que parte da doutrina tende a atribuir a um costume geral. É que, pela teoria interacional, as interações subjacentes a uma prática de legalidade devem ser recíprocas, *i.e.*, todos os destinatários das normas jurídicas devem delas participar, com seus atos e com seus discursos. Sem embargo, como se sabe, nenhum costume dito geral é explicitamente endossado pela prática de todos os Estados da sociedade internacional; é que a maioria dos entes estatais acaba sendo indiferente à formação ou à existência dessa norma consuetudinária – e sua indiferença é, às vezes, vista como sinônimo de aquiescência. “It is important to note that even customary international law, which is quintessentially based upon practice, does not necessarily constitute interactional

Não obstante, algumas complicações remanescem. Em apertada síntese, o que a ótica interacional destaca é que atos e discursos conforme determinada norma costumeira reforçam sua legalidade, ao passo que os contrários a ela acabam por desgastá-la. Mas essas conclusões já eram assinaladas à exaustão pela doutrina tradicional. Nesse sentido, o que se percebe é que a perspectiva de Brunnée e de Toope consegue explicar com louvor, tão só, a permanência ou a degradação de um costume internacional. No entanto ela não é suficiente para esclarecer como se dá a mudança do direito internacional consuetudinário, ou, mais precisamente, para repetir uma pergunta já levantada antes: como distinguir, entre as condutas desviantes de uma prática de legalidade, aquelas que consistem em meras violações de uma norma costumeira das que aspiram a propor ou a criar um novo costume, alternativo ao preexistente? Para tanto, é preciso buscar inspiração na filosofia da linguagem e nas noções de ato de fala, de discurso e de argumentação. De antemão, frise-se que os critérios de legalidade concebidos por Fuller e retomados por Brunnée e por Toope serão úteis para avaliar se os argumentos empregados pelos Estados como justificativa de suas ações realmente propõem novas normas costumeiras ou se contêm meras aspirações morais ou políticas.

5.2 A contribuição da filosofia da linguagem

5.2.1 Direito internacional e argumentação

Como remarca Manuel Atienza, filósofo que se destaca por suas pesquisas no campo da teoria da argumentação jurídica, ninguém duvida de que a prática do direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos tendem a concordar que a qualidade que melhor define um “bom jurista” é sua capacidade de construir argumentos e de manejá-los com habilidade⁵¹¹. Não é diferente na subárea do direito interacional. É o que notam tanto juristas, como Abram Chayes e Antonia H. Chayes⁵¹² e Ian Johnstone⁵¹³, quanto teóricos das Relações

law, at least not for all the states that it purports to bind as a matter of positive law. After all, the standard account of customary international law often presumes engagement with the norm where such engagement may not actually exist. Not all states will actually have participated in the creation of a given norm or be actively involved in maintaining its validity. This applies especially in relation to developing countries, which may not always be aware of the emergence of a customary rule, or be in a position effectively to resist its emergence. Material considerations are important here: small states often lack the legal and diplomatic resources to engage fully in the process of customary law formation and degradation. In such circumstances, states simply do not partake in a given shared understanding.” (Ibid., p. 74)

⁵¹¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 1.

⁵¹² CHAYES, Abram; CHAYES, and Antonia H. **The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

⁵¹³ JOHNSTONE, Ian. Op. cit.

Internacionais, como Nicholas Onuf⁵¹⁴, Friedrich Kratochwil⁵¹⁵, Christian Reus-Smit⁵¹⁶ e Ian Hurd⁵¹⁷, alguns deles lidando com temas específicos do direito internacional, outros adotando uma abordagem mais generalista. Nas linhas abaixo, procede-se a uma revisão dessa literatura. Opta-se por apresentar de maneira sintética o pensamento da maioria desses acadêmicos, com a exceção de dois deles, Ian Johnstone e Ian Hurd, cujos trabalhos, por serem os mais recentes dentre os selecionados nas disciplinas do Direito Internacional e das Relações Internacionais, respectivamente, merecem maior aprofundamento.

Abram Chayes e Antonia Chayes filiam-se à denominada escola do processo jurídico (*legal process school*), que ascendeu nos EUA durante as décadas de 1950 e de 1960 e que se dedica a examinar como o direito internacional, via processos formais e informais de decisão e de justificação, permite, constrange e influencia o comportamento dos atores internacionais. Chayes e Chayes, em particular, debruçam-se sobre o cumprimento (*compliance*) das normas internacionais e preconizam para esse objeto de estudo uma abordagem chamada gerenciadora (*managerial*), que se foca em processos de argumentação e de persuasão. Por essa perspectiva, são os discursos justificadores que, em última instância, compelem os Estados ao *compliance*. Considera-se que o direito internacional orienta essas justificativas, porque as explicações que os entes estatais oferecem para suas condutas tendem a ser mais persuasivas quando estão em conformidade com uma norma jurídica e, ainda, porque “good legal argument can generally be distinguished from bad”⁵¹⁸. Em contrapartida, a teoria desses autores não chega ao ponto de fixar critérios que permitam distinguir a boa da má argumentação.

Por sua vez, Ian Johnstone mostra como, nos debates prévios à polêmica intervenção humanitária no Kosovo (1999), ocorrida sem prévia autorização do CSNU, o dissenso no âmbito desse órgão era severo, conforme esperado, mas foi surpreendente a extensão em que argumentos jurídicos foram usados para explicar e para justificar posições. Quando um foro político como o CSNU delibera sobre assuntos tão sensíveis quanto o uso da força para fins humanitários, qual seria a explicação para o fato de que mesmo seus membros mais poderosos

⁵¹⁴ ONUF, Nicholas Greenwood. Op. cit.

⁵¹⁵ KRATOCHWIL, Friedrich. Op. cit.

⁵¹⁶ REUS-SMIT, Christian. Op. cit.

⁵¹⁷ HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. **International Journal**, Evanston (Illinois), v. 66, n. 3, p. 581-596, Summer 2011.

⁵¹⁸ CHAYES, Abram; CHAYES, and Antonia H. Op. cit. p. 119.

– os Cinco Permanentes, detentores do poder de veto – se valem de uma argumentação embasada no direito internacional⁵¹⁹?

O emprego de argumentos jurídicos é parte de um processo discursivo mais amplo em que normas jurídicas são invocadas para explicar, para justificar e para persuadir⁵²⁰: “whatever their motives for acting, in order to be persuasive governments are impelled to justify their positions on grounds other than national interests.”⁵²¹ Muito embora se possa afirmar que os discursos jurídicos nunca são decisivos nas deliberações do CSNU, eles certamente moldam os debates e influenciam as posições adotadas pelos Estados, ao menos indiretamente. O autor não tenciona demonstrar que considerações de ordem jurídica afetam uma decisão referente à aprovação de uma intervenção humanitária; busca, isto sim, defender que, mesmo num órgão político como o Conselho de Segurança, as manifestações dos representantes estatais podem ser compreendidas à luz de uma perspectiva fundada na noção de comunidade interpretativa⁵²². Essa última é nada mais do que um conjunto de pressupostos e de categorias intelectuais que são compartilhados pelos intérpretes de determinado texto – *in casu*, o próprio direito. Nesse sentido, a comunidade interpretativa constrange a interpretação das normas jurídicas⁵²³. Para Johnstone, é verdade que o CSNU ostenta um caráter eminentemente político, no entanto, ao decidir, ele está sujeito às limitações da Carta da ONU, de sorte que, às vezes, age de maneira quase judicial. Por isso, segundo o autor, é possível pugnar que cada deliberação operacional tomada pelo Conselho de Segurança equivale implicitamente a uma interpretação da Carta e de outras normas jurídicas relevantes⁵²⁴.

Com base nessa leitura, pode-se dizer que argumentos jurídicos são, sim, utilizados no âmbito do CSNU. Conforme a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, Johnstone esclarece que a argumentação fundada no direito pode servir a três finalidades: a) barganha informada pelas preferências dos interlocutores; b) justificação das posturas assumidas e

⁵¹⁹ Ibid., p. 438.

⁵²⁰ Ibid., p. 439.

⁵²¹ Ibid., p. 441. Duas razões podem ser levantadas para essa necessidade de justificação por meio de um discurso jurídico. A primeira relaciona-se a cálculos instrumentais de interesse: cada Estado espera que os demais cooperem e que cumpram as respectivas obrigações internacionais, pelo que todos se preocupam em manter uma reputação confiável junto aos foros internacionais. A segunda razão refere-se à internalização das normas jurídicas: como o respeito ao direito é o preço pago pelos Estados para que tenham sua legitimidade reconhecida por seus pares, com o tempo, eles acabam adequando-se às normas jurídicas simplesmente porque passam a entender que é a coisa certa a ser feita; trata-se do resultado de um processo de socialização (ibid., p. 441-442).

⁵²² Ibid., p. 439-440.

⁵²³ Ibid., p. 444-445.

⁵²⁴ Ibid., p. 452.

convencimento (argumentação estratégica); e c) “conversação verdadeira” (“*true reasoning*”), em que o ator não só tenta persuadir, mas também está preparado para ser persuadido. O último dos objetivos conecta-se à noção habermasiana da “situação ideal de fala” (“*ideal speech situation*”), em que o intercâmbio de discursos calca-se na abertura dos envolvidos ao convencimento recíproco, na igualdade e na ausência de coerção. Nesse cenário, busca-se o entendimento mútuo, não afetado por relações de poder nem por qualquer outro fator além da força persuasiva do “melhor argumento”⁵²⁵. O jurista reconhece que é desafiador distinguir, na política internacional, a comunicação sincera da argumentação estratégica e remarca que não pretende demonstrar que o foro discursivo do CSNU se aproxima da “situação ideal de fala” habermasiana, já que claramente ele está bem longe disso. Alternativamente, ele aplica a tese de Habermas como um guia para detectar as mínimas condições necessárias para a existência de discursos jurídicos – e algumas delas estariam presentes no Conselho de Segurança⁵²⁶.

O arcabouço teórico fornecido por Johnstone esclarece por que argumentos jurídicos são invocados pelos Estados e, ademais, demonstra que esse tipo de discurso tem, sim, lugar no CSNU. Reitere-se que, conquanto a argumentação baseada no direito não determine o resultado de uma decisão tomada por esse órgão, ela pode indiretamente influenciar as posições dos Estados, uma vez que os levaria a agir conforme o discurso que propagam. Vale dizer: para preservar sua reputação frente aos demais, os Estados devem manter a coerência entre suas palavras e seus atos⁵²⁷.

Doravante, expõe-se o pensamento de teóricos construtivistas do campo das Relações Internacionais. Conforme Nicholas Onuf, discurso e mundo social constituem-se mutuamente. Para ele, uma norma – não necessariamente jurídica – é um pronunciamento – ou seja, um ato de fala – prescritivo de alcance geral. Atos de fala tornam-se normas via repetição e aceitação social ao longo do tempo – *i.e.*, via prática social. Essa última abrange não só a aplicação de regras preexistentes, mas também condutas e pronunciamentos que as tomam como

⁵²⁵ Ibid., p. 453.

⁵²⁶ Ibid., p. 453 e 455. É certo que relações de poder assolam o CSNU, e com frequência isso transparece nos debates aí travados. Não obstante, subjacentes às deliberações ocorridas nesse foro, haveria certas premissas que indicariam que o poder material bruto não é o único aspecto importante. A igualdade formal dos quinze membros – apesar do poder de veto de que dispõem os Cinco Permanentes – e a submissão deles ao escrutínio da opinião pública internacional seriam dois desses elementos. A prevalência da Carta da ONU seria outro (ibid., p. 456).

⁵²⁷ Ibid., p. 454. “Once governments accept a legal norm rhetorically, they begin to argue over its interpretation and its application to the particular case at hand, rather than the validity of the law itself. This creates a ‘discursive opening’ for their critics – ‘if you say you accept human rights, then why do you systematically violate them?’ – which eventually induces governments to match words with deeds.” (Loc. cit.)

referência. É a prática, que é em parte formada por atos de fala, que possibilita mudanças normativas, e os agentes sociais detêm bastante autonomia para alterar as normas que compõem seu mundo, ao menos dentro das sociedades nacionais. No que concerne ao direito internacional, contudo, Onuf considera-o deficiente no aspecto da juridicidade, ao examiná-lo com base nos critérios de formalização de suas normas, de institucionalização de garantias externas a elas e de presença de autoridades incumbidas de efetivá-las⁵²⁸.

Para Friedrich Kratochwil, o direito caracteriza-se por seu raciocínio particular, que é amplamente dependente do uso de analogias. Ele critica que a grande maioria das abordagens sobre o fenômeno jurídico formuladas por acadêmicos das Relações Internacionais subestima ou ignora o processo de argumentação que orienta as decisões jurídicas. Conforme esse autor, no plano internacional, a estrutura normativa é bem diferente da existente na esfera doméstica. Na sociedade internacional, o direito tão só “informs the respective decision makers about the nature of their interaction and determines who is an actor; it sets the steps necessary to insure the validity of their official acts and assigns weight and priority to different claims”⁵²⁹. Ainda, cabe apontar que, para Kratochwil, como o direito internacional está intimamente conectado à política internacional, o tipo de raciocínio e o estilo de argumentação jurídica que norteiam os processos normativos domésticos não poderiam subsistir na arena discursiva extraestatal⁵³⁰.

Por seu turno, Christian Reus-Smit é relativamente mais otimista quanto à juridicidade das normas internacionais. O autor parte da proposição de que direito e política internacional são mutuamente constitutivos, mas assevera que os atores internacionais conseguem portar-se como se o mundo jurídico fosse distinto das demais facetas da realidade social⁵³¹. Esse mundo jurídico é definido por um discurso específico, institucionalmente autônomo, que encontra sua matéria-prima num arcabouço preexistente de normas jurídicas e de práticas de justificação e que deslegitima a busca franca – *i.e.*, nua e crua, sem qualquer verniz justificador – de poder e de interesses materiais pelos Estados⁵³². Para que se possa compreender o caráter distintivo do

⁵²⁸ ONUF, Nicholas Greenwood. Op. cit.

⁵²⁹ KRATOCHWIL, Friedrich. Op. cit. p. 251.

⁵³⁰ “Although international law provides for a rudimentary informal organization of social life among independent actors, there are no effective formal organizations that can translate interest and issues into policy. Collective goods on the international level are thus not provided or achieved suboptimally through hegemonic leadership and, infrequently, through some type of voluntary contributions. The world political process remains sporadic, in spite of all communications. It is often characterized by bargaining and coercive moves rather than by persuasion and by appeals to common standards, shared values, and accepted solutions. Thus, not only can the legal process not be separated from the political process, but the impartiality of legal reasoning is crucially impaired by the lack of authoritative decisions concerning the applicability and scope of legal norms.” (Ibid., p. 254)

⁵³¹ REUS-SMIT, Christian. Op. cit. p. 37.

⁵³² Ibid., p. 38.

direito, é preciso identificar o fundamento de sua obrigatoriedade, que, segundo Reus-Smit, se assenta na legitimidade do próprio sistema jurídico⁵³³. Essa última, por sua vez, está alicerçada nos aspectos constitucionais da sociedade internacional hodierna, como “the prevailing liberal conception of legitimate statehood and attendant norms of procedural justice”⁵³⁴. O acadêmico percebe, todavia, que há certa fluidez entre o mundo jurídico, com seu discurso característico, e a política internacional: ambos os planos interpenetram-se continuamente, pelo que os atores internacionais ficam a transitar entre eles, adotando condutas e justificativas ora jurídicas, ora não jurídicas⁵³⁵.

Por fim, Ian Hurd, ao analisar as interações entre direito internacional e argumentação, sustenta que a diplomacia é uma ação social que traduz a política externa de um Estado para a linguagem jurídica⁵³⁶, de sorte que as normas internacionais não emergiriam de procedimentos formais e sim do embate entre posições argumentativas⁵³⁷. Segundo esse acadêmico, o direito internacional é um conjunto de recursos com que os Estados constroem explicações para seu comportamento. As controvérsias acerca do cumprimento ou do descumprimento de normas são inerentes à ordem jurídica internacional, o que torna a diplomacia, por natureza, uma contenda entre argumentos normativos concorrentes. É a diplomacia que conecta a linguagem pública aos negócios estatais, provendo sentido, razões e explicações para os atos dos governos. Para tanto, ela baseia-se na existência de regras internacionais. Consoante Hurd, as normas são tidas como “performativamente suficientes” (na expressão de Nicholas Onuf), vale dizer, sua eficácia não depende da resposta da audiência⁵³⁸.

À medida que os Estados usam o direito internacional para racionalizar suas condutas, eles contribuem para a reprodução e para a mudança das normas. A diplomacia tem um efeito constitutivo: ela produz recursos sociais e jurídicos que servirão de justificativa para futuros comportamentos estatais⁵³⁹. Como os Estados se relacionam dentro de um ambiente em que a observância do direito internacional é bem-vista, a diplomacia visa a apresentar os interesses estatais como consistentes com as normas internacionais. A prática diplomática gera um fluxo constante de argumentos relativos ao cumprimento do direito internacional. As referências que as autoridades estatais fazem às normas internacionais não raro mascaram violações,

⁵³³ Ibid., p. 42.

⁵³⁴ Ibid., p. 43.

⁵³⁵ Ibid., p. 14-15.

⁵³⁶ HURD, Ian. Op. cit. p. 589.

⁵³⁷ Ibid., p. 590.

⁵³⁸ Ibid., p. 582-584.

⁵³⁹ Ibid., p. 587.

constroem um novo direito ou, ainda, produzem esses dois resultados simultaneamente⁵⁴⁰. Nesse ponto, porém, reside uma das primeiras insuficiências da tese de Hurd: é que, embora o autor enuncie uma série de *insights* provocativos que, efetivamente, suscitam reflexões, ele não se aprofunda em muitos dos problemas que menciona. Ao sugerir que a argumentação jurídica pode tanto justificar uma violação do direito internacional quanto avançar novas interpretações das normas internacionais em vigor, mas sem prover critérios para distinguir quando, de um lado, os Estados condenam determinados argumentos e, de outro, acatam argumentos diversos como admissíveis, a teoria ora apresentada acaba desgastando a própria aplicabilidade. Esse será um dos aspectos que será elaborado de maneira satisfatória por outro arcabouço teórico, a ser exposto mais abaixo.

Hurd frisa que, quando um Estado argumenta em favor da legalidade de sua conduta, sua justificativa não precisa ser aceita pela audiência para ser política e juridicamente poderosa. Divergências sobre o que as normas exigem são endêmicas no direito internacional, e é raro quando uma controvérsia internacional é resolvida pela determinação do único e verdadeiro sentido de uma norma⁵⁴¹. Outro autor, Daniel Harold Levine, recorda que, dada a escassez (e a não obrigatoriedade da jurisdição) de instâncias formais de resolução de disputas na ordem jurídica internacional, no direito internacional, a adjudicação da maioria das reivindicações jurídicas é feita pelas mesmas entidades que as advogam, os Estados, mas isso não torna a controvérsia necessariamente desprovida de base legal, porque as autoridades estatais são perfeitamente capazes de articular argumentos jurídicos⁵⁴².

⁵⁴⁰ Ibid., p. 589-590.

⁵⁴¹ Ibid., p. 591. O fato de que a concordância da audiência é desnecessária sugere que o produto mais importante da diplomacia não é a persuasão, o consenso, a socialização, o aprendizado ou a aculturação. A literatura tradicional defende que o ponto final da interação diplomática é o consenso ou a formação de entendimentos compartilhados. O autor critica esse posicionamento: inerente ao conceito de diplomacia é a possibilidade de que a audiência discordará das explicações formuladas por um Estado. A diplomacia pública adiciona a linguagem do direito a uma disputa, mas tipicamente termina com tanta divergência quanto no início (ibid., p. 592).

⁵⁴² LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 111-112. No mesmo sentido, Mendelson: “[here], we know, no truly compulsory jurisdiction exists: the competence of tribunals depends on the consent of States, which is but rarely forthcoming. Even today, when it is unprecedentedly busy, only a handful of cases get disposed of each year by the International Court of Justice. And even if we add in the other international courts and tribunals, the number of disposals is still not very impressive. So who does make the decisions in the international system? Well, often there is no legal decision at all: the dispute continues to fester, or it is settled by diplomacy, or even force of arms, without any or much reference to the law. On other occasions, disputes get settled by organs of international organizations, sometimes exercising quasi-judicial functions, sometimes not. But, as McDougal and his associates have reminded us, the central decision-maker in the system is not a court or an organization; more typically, it is a government functionary, be it a minister, legal adviser, or some other kind of official. Sometimes the legal issue gets thrashed out in diplomatic correspondence between the officials of contesting — or potentially contesting — States; and sometimes the question gets resolved unilaterally, for example if the Attorney-General advises his or her Government that it is not entitled to take a particular course of action — such advice usually (though not always) resolving the question

Para Hurd, a situação é só ligeiramente diferente quando existe uma instituição habilitada a decidir em definitivo questões acerca do cumprimento do direito internacional. Eis os exemplos da CIJ, quando atua em sua função decisória, e da Organização Mundial do Comércio. Após o julgamento, as partes podem continuar a não concordar com o resultado, mas a decisão produz um fato jurídico que estrutura futuras disputas. Um Estado recalcitrante geralmente organizará sua diplomacia de sorte a adaptar seus argumentos a esse fato jurídico, enquanto prossegue com a controvérsia de outras formas⁵⁴³.

A bem da verdade, não há nada de intrinsecamente errado com as possibilidades de que uma disputa, em tese, se prolongue indefinidamente, ou de que uma controvérsia aparentemente resolvida seja reaberta a qualquer tempo. É que a ordem jurídica internacional tem mais a ver com a estruturação de disputas do que com sua solução completa e definitiva⁵⁴⁴. A complicação da abordagem de Hurd não está na concepção de que, no direito internacional, existem conflitos jurídicos com propensão à permanência. O problema real situa-se na maleabilidade excessiva que o autor parece atribuir às normas internacionais, ao supor que, quando defendem seus interesses, os Estados podem cunhar uma enorme variedade de argumentos aceitáveis. Não é bem assim. Afinal, por mais criativas que as autoridades estatais sejam na formulação de teses justificadoras, não se pode negar que o direito preexistente e a própria linguagem jurídica impõem constrangimentos à argumentação, pelo que há, sim, razões para que se prefiram certos argumentos a outros. Em síntese: nem toda interpretação é admissível⁵⁴⁵.

5.2.2 Costume internacional e argumentação

Não surpreende que a literatura tenha atentado para as relações entre, de um lado, o direito em geral e o direito internacional em particular e, de outro, a argumentação jurídica. Similarmente, o direito internacional costumeiro não escapou a essas considerações. Tanto realistas jurídicos como Myres S. McDougal quanto jusfilósofos como Gerald J. Postema reconhecem que a produção e a mudança do costume internacional podem ser compreendidas como uma troca de argumentos. Já em 1955, McDougal e Schlei escreviam que o processo

definitively. So ministers and officials are, in important respects, the central decision-makers in the international legal system, not courts” (MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 177-178).

⁵⁴³ HURD, Ian. Op. cit. p. 594.

⁵⁴⁴ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 154.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 66 e 172.

costumeiro representaria uma sequência contínua de alegações e de respostas⁵⁴⁶. Em seu curso da Haia, Maurice H. Mendelson complementa que, com frequência, essas alegações e essas respostas assumem a forma de atos ou de omissões: por meio de seu comportamento, acompanhado de pronunciamentos que servem de justificativa, os Estados: a) criam teses *de lege ferenda*, no intuito de promover a emergência de uma nova norma consuetudinária ou a modificação de outra já existente; b) aderem às propostas normativas de outros Estados, com o que impulsionam a alteração do costume internacional; ou c) rejeitam aquelas tentativas revisionistas, com o que contribuem para reafirmar um costume internacional já em vigor⁵⁴⁷.

Anthony D'Amato, outro jusinternacionalista de renome, conquanto seja um crítico ferrenho do realismo jurídico norte-americano⁵⁴⁸ – escola de pensamento que encontra em McDougal um de seus representantes –, concorda com esse último jurista sobre a importância da argumentação para o direito internacional costumeiro. Para D'Amato, o objetivo primário do requisito da *opinio juris* é permitir que os atos estatais sejam diferenciados em legalmente relevantes e legalmente irrelevantes; o propósito secundário é possibilitar a distinção, no que tange aos atos legalmente relevantes, entre a conduta meramente ilegal (violação) e a que propõe a criação de uma nova norma costumeira. Sozinha, sem *opinio*, a prática internacional é muda. Paralelamente, a existência de *opinio juris* sem uma prática correspondente não passa

⁵⁴⁶ MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 64, p. 648, 1955.

⁵⁴⁷ MENDELSON, Maurice H. Op. cit. p. 189-190.

⁵⁴⁸ Para o realismo jurídico, o direito nada mais é do que aquilo que seus aplicadores dizem que ele é. Seu exato conteúdo seria totalmente definido por decisões judiciais. Em consequência, ao decidirem, os juízes não teriam como basear-se em normas jurídicas (mas tão somente em outros fatores), porque o direito não preexiste à atuação do Judiciário e sim é produzido pela atuação do Judiciário. “The judge who finds it more interesting to invent new law rather than restate the old is stealthily undermining public confidence in the rule of law and narrowing the ambit of personal freedom. He is acting as a legislator, not a judge—a legislator of the worst sort, who enacts new law and holds it against innocent people who were dutifully complying with the old law. If the judge in addition believes that he embodies the law, he is saying that, if the public wants to understand the law, they should study him. For in the end he has no theory of law. He cannot explain what the law is; he can only say that law is what he does—but he does not say that it is a shortcoming on his part that he cannot explain what the law is. Instead it is a failing on the law's part! Law, to the realist judge, is intrinsically inexplicable. Thus legal realism explains nothing.” (D'AMATO, Anthony. *Legal Realism Explains Nothing. Faculty Working Papers*, Northwestern University School of Law, Paper n. 84, p. 11, 2010). Transplantando essa teoria para o plano internacional, tem-se que: como os Estados são os principais aplicadores do DIP, as normas internacionais seriam exclusivamente aquilo que os Estados dizem que elas são. Estritamente falando, do ponto de vista do direito internacional costumeiro, esse raciocínio, a princípio, não provoca espanto: uma vez que o costume internacional realmente deriva das interações entre os Estados, faz sentido que, nessa seara, os agentes estatais sejam legisladores para si mesmos, advogados em causa própria e, ademais, juízes uns dos outros. O problema é que, no limite, o realismo jurídico aplicado ao DIP conduz à conclusão de que nenhum direito precede os Estados: nenhuma norma jurídica poderia constrangê-los, porque todo comportamento dissonante – toda violação – seria, potencialmente, uma nova norma jurídica (ou a reinterpretação de uma norma antiga).

de uma série de palavras vazias, não sendo possível distinguir um costume internacional em efetiva formação da simples aspiração de que esse costume se forme⁵⁴⁹.

Ainda segundo D'Amato, a articulação de uma norma costumeira – seja uma regra totalmente nova, seja a modificação de uma regra já existente –, se acompanhada de um ato estatal comissivo ou omissivo, comunica ao Estado que sua conduta ou sua decisão terá implicações jurídicas. Conforme o autor, a *opinio juris* deixa de ser um elemento psicológico e passa a indicar apenas a publicidade de determinada prática, que decorre do fato de ela ter sido articulada por um representante estatal autorizado⁵⁵⁰. D'Amato ilustra sua teoria da articulação ao discutir como o direito internacional trata o turismo comparativamente com a exploração espacial: há muita prática pertinente ao turismo ao redor do mundo, entretanto, na forma atual, ela não vai gerar, *e.g.*, nenhum costume internacional favorável à livre entrada de turistas, uma vez que nenhum Estado chegou a articular um princípio jurídico nesse sentido; em contraposição, tão logo os governos começaram a explorar o espaço sideral, a sociedade internacional já sinalizava preocupar-se com essa prática e acomodá-la no âmbito de regras específicas, devido à prévia articulação de princípios jurídicos a respeito, em resoluções da AGNU⁵⁵¹.

Uma das principais dificuldades da abordagem de D'Amato relaciona-se com a quantidade de prática necessária para que se consolide uma norma de consuetudinária. O autor começa a explorar essa questão observando que os Estados, usualmente, recorrem ao discurso jurídico para formular alegações e respostas quando surgem controvérsias internacionais. O problema é que, nesse ponto, o raciocínio do jurista desemboca numa solução de contagem de casos: numa disputa sobre a existência de um costume internacional, tem mais razão o lado que for favorecido por um maior número de precedentes corroborando sua tese⁵⁵². Em consequência, se houver, por exemplo, 10 casos que militam contra a validade de certa conduta e apenas nove casos que a confirmam, prevalece a posição contrária à existência de uma norma válida de direito internacional costumeiro a respeito. Esse modelo está sujeito a diversas complicações, desde a impossibilidade de individuação de precedentes omissivos – como contar, *e.g.*, a quantidade de casos de não uso da força no plano internacional? – até as conclusões absurdas oriundas do fato de que, na contagem, somente importam os atos estatais, não o discurso – daí que, *e.g.*, a proibição da tortura, muito embora

⁵⁴⁹ D'AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. p. 49.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 77-78.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 91-93.

seja enfaticamente endossada no discurso, mas bastante descumprida na prática, não se teria cristalizado num costume internacional correspondente⁵⁵³. “The bottom line is that whether or not a putative rule is law depends on whether it has more instances of compliance than a competing rule, and there is no deep distinction between illegal and norm-creative action...”⁵⁵⁴

Consoante explica Daniel Harold Levine, a teoria de D’Amato não permite a distinção entre uma conduta ilegal e a que advoga o surgimento de um novo direito porque a noção de linguagem adotada pelo autor é meramente descritivista. É que, embora uma articulação tenha, para D’Amato, feição discursiva, ela é, no modelo desse autor, neutra, não apresentando peso normativo: sua função é tão só descrever atos estatais que são desprovidos de ambiguidade e identificá-los como juridicamente relevantes. Uma articulação somente ganha vida quando existe alguma prática internacional por detrás dela⁵⁵⁵. Embora essa abordagem possibilite a D’Amato explicar a transformação de um costume internacional, ela não lhe permite cogitar de uma transformação intencional – *i.e.*, guiada ou planejada por um Estado ou por um grupo de Estados. Na realidade, tudo que a teoria de D’Amato tem a oferecer é uma explicação para a degeneração de uma norma costumeira, não exatamente para sua mudança⁵⁵⁶. Afinal, se, em determinada área do direito internacional, já existir a articulação de um princípio jurídico, cumulada com um histórico de prática internacional a respeito, a única maneira de modificar essa norma é mediante sua eventual destruição, via resistência (ilegal).

But it seems implausible to think that we must completely break down the normativity of law in some area before it can be altered – that is, we need not move through a ‘zeroed’ state where there is no normative usage in order to change the law. More often, I suspect, norms more gradually morph into each other without the area ever becoming (even temporarily) unregulated.

In order to change a norm in some way other than merely removing it, a state would need, at the very least, a successful ‘counter-articulation.’ That is, a state (or someone else) would have to make some claim about what new norm it saw its actions as instituting. This is where the distinction between merely illegal and norm-creative action becomes important.

[...] On D’Amato’s descriptive account, dissenting] states cannot successfully argue, legally, for their position – the only point at which new norms can be created is when the old ones have already been eroded through (non-sanctioned) resistance.⁵⁵⁷

⁵⁵³ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 93-97.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 93.

⁵⁵⁵ Ibid., p. 99-100.

⁵⁵⁶ Ibid., p. 100-101.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 102-103.

Por seu turno, o jusfilósofo Postema reconhece que:

[legally] relevant customs are forms of reciprocally oriented conduct that takes its meaning from a practice of offering claims and counterclaims, challenges and responses. The hallmark of such customs is not the addition of belief (*opinio juris*) to behavior (*usus*), but rather the integration of meaningful conduct into a web of reasons and arguments. A norm rooted in conduct is a norm of customary international law in virtue of its integration into the system of norms (the *corpus juris*) of international law, not in virtue of beliefs of actors or judges about the legal *status* or bindingness of the norm. The place that a norm holds in the system is established by normative argument, tracing its internal connections to other norms of the system and to conduct that complies with them. Argument, not attitude, determines legal *status* of a customary norm.⁵⁵⁸

Para esse autor, a *opinio juris*, um dos elementos tradicionais do costume internacional, não deve ser concebida como uma crença (na obrigatoriedade de uma conduta) e sim como uma característica que, mediante argumentação jurídica, se consegue imputar a determinada prática. Nesse sentido, terá *opinio juris* todo e qualquer comportamento que puder ser racionalizado de acordo com o direito internacional em vigor. Quando um Estado advoga em prol de um novo costume internacional, ele busca conectar a nova conduta às regras já reconhecidas, seja, *e.g.*, alegando uma interpretação extensiva do direito preexistente, seja formulando uma exceção não originalmente prevista, mas passível de ser defendida com os devidos argumentos jurídicos. Desse modo, um comportamento dissonante que, de início, parece violar uma norma consuetudinária pode, em última análise, ser justificado como uma proposição revisionista de regras antigas. Falta, todavia, esclarecer como uma argumentação dessa espécie pode ser feita. É esse o objetivo da próxima seção.

5.2.3 Produção e mudança de um costume internacional via argumentação

Um arcabouço teórico acerca da produção e da mudança de um costume internacional via argumentação foi elaborado por Daniel Harold Levine. Inspirando-se em filósofos da Linguística, como Wittgenstein e outros, o autor parte do pressuposto de que a *opinio juris* deve ser entendida como um ato de fala performático (*performative speech act*). Isso significa que, ao emitirem discursos sobre o direito internacional costumeiro, os Estados não estão apenas descrevendo o direito preexistente e sim produzindo um impacto constitutivo sobre esse mesmo direito. Na verdade, alguns tipos de pronunciamento não teriam qualquer função comunicativa – ou seja, não veiculariam nenhuma mensagem e nenhum juízo de valor – e sim

⁵⁵⁸ POSTEMA, Gerald J. Op. cit. p. 738.

consistiriam, eles mesmos, em ações concretas: são os chamados atos de fala com força ilocucionária; as promessas são o exemplo clássico desses usos da linguagem⁵⁵⁹.

Na concepção original, proposta por Austin, um ato de fala somente daria força ilocucionária se fosse regulado por convenções sociais, entendidas como regularidades de comportamento. Cite-se novamente o exemplo da promessa: para ela ser considerada um ato de fala ilocucionário, seria necessário que, ao longo de uma miríade de casos passados, toda vez que um falante dissesse “Eu prometo”, essa fórmula bastaria para que ele fosse (moralmente) obrigado a cumprir o prometido. Sem embargo, nem sempre uma convenção é regularista, *i.e.*, nem sempre ela representa uma regularidade de comportamento: há também convenções normativas – no sentido de que podem ser invocadas para justificar determinado ato de fala. Assim, quando uma pessoa reprova outra por descumprir uma promessa, a primeira pode, como justificativa para seu comportamento reprobatório, exclamar “Mas você prometeu!”. Convenções normativas são as mais importantes para que se compreenda a *opinio juris* como ato de fala performático⁵⁶⁰.

Entre os diversos usos da linguagem dotados de força ilocucionária, destacam-se os que exemplificam a aplicação de uma norma jurídica (*rule-expressions*), como, *e.g.*, no direito internacional, a condenação que um Estado endereça a outro quando esse último intervém militarmente e sem autorização no território de um terceiro. Atos de fala desse tipo são justificados pela invocação da própria norma cuja aplicação eles ilustram; retomando-se o caso anterior, tem-se que, ao condenar a conduta do Estado interventor, o outro país pode valer-se, como justificativa, da regra que veda o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado – é dizer, o ato de condenar é justificado pela existência de uma norma que proíbe a conduta condenada. O principal efeito da invocação de uma norma é a alteração do *status* normativo de outros atos: ou eles são justificados, ou – como se passou com o ato interventivo mencionado – são tidos como ilegais⁵⁶¹.

Mais especificamente, esses atos de fala que exprimem a aplicação de uma norma jurídica (*rule-expressions*) geram dois resultados: um de alcance universal e outro de alcance particular. O primeiro é este: quando um Estado invoca uma norma, ele habilita todos os demais a invocarem-na também e, por extensão, permite-lhes fazer referência a seu emprego dessa norma, como precedente; essa referência aos casos anteriores em que uma norma foi invocada robustece sua aptidão para justificar uma conduta. O segundo resultado de uma *rule-*

⁵⁵⁹ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 115-116.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 118-127.

⁵⁶¹ Ibid., p. 129-130.

expression tem alcance particular: quando uma norma é invocada, isso autoriza que ela seja usada para contestar um ato contrário a ela; por exemplo, se um Estado afirma que, em regra, é proibido o uso da força nas relações internacionais, outros Estados podem valer-se desse ato de fala para desafiar um ato de agressão específico⁵⁶².

Rule-expressions tendem a ser utilizadas só quando uma controvérsia internacional eclode. Uma controvérsia ou uma disputa pode ser definida como uma série de atos de fala que se inicia com o ato contestado e que, em seguida, assume um padrão de contestação-resposta-contestação. A cada etapa dessa dinâmica, um litigante defronta-se com duas opções: ou ele reconhece como válida a justificativa proposta por seu interlocutor, ou lhe opõe uma resposta – sendo que, nessa última hipótese, a disputa prossegue. Quando, no curso desse processo, uma *rule-expression* passa a ser vista como justificada – seja porque não foi contestada (*i.e.*, houve aquiescência), seja porque a contestação não se fundamentou em bons argumentos –, torna-se possível reinvocá-la em outras circunstâncias e fazer referências a ela⁵⁶³.

The easiest way to claim justification for the use of the law-expression here and now is to appeal to some previous use of it that your interlocutor is unable or unwilling to challenge. Sometimes, of course, the particular law-expression you are trying to use has never been used before (or has not been used in a way that your interlocutor is unwilling or unable to challenge), in which case you may infer it from other speech acts... Every speech act is granted some connections to other speech acts by the linguistic practice.⁵⁶⁴

Não obstante, como já se ressaltou acima, no direito internacional, são raras as controvérsias que atingem uma solução definitiva. Trata-se do fenômeno da desordem (*messiness*, na terminologia adotada por Daniel Harold Levine). Ora, uma vez que inúmeras disputas findam inconclusivas, é comum que o *status* normativo de muitos atos permaneça indeterminado, sem que se saiba ao certo se eles são justificados ou não. Além disso, é possível que não fiquem claros os efeitos de determinada *rule-expression* (*e.g.*: quais atos podem ser conectados a ela, por referência ou por inferência lógica? Contra quais atos ela pode ser invocada como resposta?)⁵⁶⁵. É que, como dito anteriormente, um dos produtos das *rule-expressions* tem alcance universal: elas autorizam outros Estados a invocá-las em casos

⁵⁶² Ibid., p. 145-146.

⁵⁶³ Ibid., p. 156-160.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 173.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 162-163. “Because practice is messy, both the practical status and import of some law-expressions may be indeterminate. That indeterminacy does not however prevent a law-expression from being used, and potentially appealed in future uses. Participants can exploit this by making controversial, but plausible, use of already-accepted law-expressions.” (Ibid., p. 178)

futuros, pelo que não é fácil prever todas as implicações de sua aceitação. Devido a sua generalidade, uma mesma *rule-expression* pode ser aplicada a diferentes situações, e, ademais, devido à desordem (*messiness*) do direito internacional, os Estados não necessariamente convergirão para uma única maneira de usá-la⁵⁶⁶. O único constrangimento que a reinvocação de uma *rule-expression* deve observar é a necessidade de que haja alguma similaridade entre os casos antigos em que ela foi empregada, de um lado, e os novos casos em que se tenciona adotá-la, de outro⁵⁶⁷.

De qualquer modo, ao longo desse processo em que uma *rule-expression* é aplicada a situações não previstas no passado, pode ser que uma nova *rule-expression* acabe sendo extraída daquela primeira, via inferência lógica⁵⁶⁸. São essas conexões normativas que explicam como se pode conceber a mudança de um costume internacional, sem que seja preciso destruir, mediante repetidas violações, uma norma costumeira antiga, a fim de que uma nova regra consuetudinária apareça para regular o vácuo normativo precedente. Com base em argumentos jurídicos – *e.g.*, uma interpretação extensiva de normas já em vigor, ou a proposição de uma exceção que pode ser acomodada, com plausibilidade, dentro da ordem jurídica vigente –, os Estados veem-se capazes de defender que um novo costume internacional já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente e que, por isso, ele seria justificado.

Um último ponto digno de nota no modelo teórico concebido por Levine diz respeito a quais normas teriam maior propensão a, uma vez incorporadas em *rule-expressions*, suscitar mudanças no direito internacional costumeiro. Ora, como visto, um dos motores por detrás da transformação de um costume internacional reside na generalidade das *rule-expressions*, que podem ser invocadas em múltiplos casos, contanto que haja certa similaridade entre eles. Em vista disso, é de se esperar que, frequentemente, elas se refiram a conceitos jurídicos gerais ou

⁵⁶⁶ Ibid., p. 169-170. “In the second place, and more interesting for the paradox, resolving a dispute does not always mean that all the participants have completely thought through the normative implications of the law-expression that they have let stand (or not). It is entirely possible to let stand some law-expression without even thinking about, let alone resolving, what its normative import will be for every possible act to which it might be relevant, or every possible other speech act that might be connected to it.” (Ibid., p. 180)

⁵⁶⁷ “A major constraint on what normative import any law-expression can be taken to have will be the sorts of normative import it has been taken to have in the past. Any participant in a discourse will be caught up in a whole network of relationships of similarity – judgments about which actions should be treated alike – many of which would be very costly (in terms of the reasons available to it on future occasions) to overthrow. A participant who is unwilling to recognize any similarity relationships will perhaps get herself out of some particular damaging consequence, but will leave herself with few discursive moves to make on future occasions.” (Ibid., p. 174)

⁵⁶⁸ “So newish law-expressions may come to be treated as justified because they can be inferred from already-established law-expressions in ways that the original issuers of those established law-expressions would not have anticipated (and may not have endorsed).” (Ibid., p. 182-183)

de conteúdo não perfeitamente delimitado⁵⁶⁹. Levine, tomando emprestada uma expressão de autoria de Vaughan Lowe, denomina esses conceitos de normas intersticiais, pois elas tendem a emergir e a operar nos interstícios existentes entre normas mais claras e mais estáveis – ditas normas primárias – de direito internacional⁵⁷⁰. Um bom exemplo é o conceito de intervenção humanitária, que teve origem nas brechas entre o princípio da soberania, normas de direitos humanos e os limites ao uso da força no plano internacional – e tenta conciliá-los.

Para Levine, como é difícil enxergar, no direito internacional contemporâneo, vácuos normativos, seriam raras as ocasiões em que uma nova regra consuetudinária surgiria num contexto de *tabula rasa*, para reger áreas das relações internacionais até então completamente desreguladas. O mais comum é que um novo costume internacional derive de reinterpretções – ou, melhor dizendo, de invocações inovadoras – de normas antigas, e a tendência é que isso ocorra em zonas cinzentas da ordem jurídica internacional, onde a orientação ou a regulação se revela ambígua ou obscura. Em síntese, para usar a terminologia de Levine, a mudança do direito internacional costumeiro concentrar-se-ia em torno de *rule-expressions* fundadas nas mencionadas normas intersticiais, em especial naquelas mais aceitas – ou menos contestadas – pela sociedade internacional⁵⁷¹. Ou, nas palavras de Asher Alkoby, “[even] norms that are widely accepted by the international community leave ‘substantial room for interpretation and contestation, particularly in light of other strong norms in international life’⁵⁷². Por fim, cabe remarcar que, de acordo com Levine, é possível que, no curso do processo em que uma norma intersticial – que, de início, só atua nas brechas entre normas primárias – serve de base para argumentos jurídicos que advogam um novo costume internacional ou a modificação de outro já existente, ela venha a autonomizar-se das referidas normas primárias de que originalmente dependia e passe a ser invocada sem que se façam referências a essas últimas⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 196.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 197. Embora utilize a ideia de norma intersticial de Lowe, Levine critica esse jurista porque, na concepção original desse último, essa espécie normativa seria desprovida de juridicidade, ou seja, seria não uma regra jurídica e sim um mero conceito. Outrossim, Levine também questiona a assunção de Lowe de que as normas intersticiais não teriam autores (ibid., p. 197-200). Após tecer essas críticas, contudo, Levine opta por “take on board much of Lowe’s observations about the empirical process of interstitial-norm-formation without accepting his conclusions about their lack of normativity” (ibid., p. 203).

⁵⁷¹ Ibid., p. 197 e 204.

⁵⁷² ALKOBY, Asher. Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference. **Journal of International Law and International Relations**, Toronto, v. 4, n. 1, p. 177, 2008.

⁵⁷³ “Though interstitial law-expressions are powerful because they can at least partially defer justification to established law-expressions, they need not be forever bound to their ‘parents.’ In the first place..., the interstitial law-expressions can come to be used as challenges to certain uses of their forerunner expressions – that is, they are not totally normatively parasitic on the understood use of the expressions they were introduced to reconcile. In the second place, there is no reason that they could not come to be regarded as primary expressions in their own right. An interstitial norm that comes to enjoy enough practical convergence

A teoria proposta por Daniel Harold Levine consegue superar o paradoxo temporal gerado pelo teste ortodoxo do direito internacional costumeiro. Ora, esse paradoxo só ocorre porque, conforme a concepção tradicional, a *opinio juris* é entendida como uma crença. Em contrapartida, a abordagem ora estudada enxerga esse requisito de forma diversa: a *opinio juris* somente assinala a necessidade de que um costume internacional seja justificado por atos de fala que tenham efeitos normativos (*rule-expressions*); a *opinio juris* volta-se para o passado e busca estabelecer conexões entre uma nova norma consuetudinária e o direito preexistente: “understood as a body of language used strategically, we have seen how old citations can be used in new ways”⁵⁷⁴. Por sua vez, o requisito da prática internacional indica como uma *rule-expression* tem sido invocada para resolver disputas específicas entre Estados – *i.e.*, ele esclarece como determinada norma jurídica tem sido aplicada; entretanto, como uma mesma *rule-expression* pode ser empregada em múltiplos casos, ela apresentará, dependendo da argumentação adotada, um alcance mais amplo ou mais restrito, correspondendo a uma prática internacional maior ou menor; nesse sentido, “state practice seems subject to an indefinite number of interpretations”, revelando-se, destarte, um elemento tão subjetivo quanto a *opinio juris*⁵⁷⁵.

Resta, agora, aplicar o presente modelo teórico a alguns casos concretos, para que ele adquira maior clareza.

5.3 Aplicabilidade da teoria discursiva do costume internacional

A teoria discursiva do costume internacional defendida nesta dissertação inspirou-se, de um lado, na ótica construtivista das Relações Internacionais e, de outro, em reflexões da Linguística. O construtivismo – em particular a teoria interacional do direito internacional de Jutta Brunnée e de Stephen J. Toope – permite compreender como uma regra consuetudinária é conservada ou corroída pela prática social: quando os entendimentos compartilhados pelos agentes sociais – *in casu*, os Estados – começam a levar em consideração e a resguardar certos critérios de legalidade, normas que, de início, eram meramente sociais – sem juridicidade – passam a deter legitimidade jurídica e, conseqüentemente, a instilar em seus destinatários um senso de obrigatoriedade, chamado fidelidade; tem lugar, assim, um tipo específico de prática social, a prática de legalidade, que, se reforçada por interações recíprocas entre os agentes

that it is no longer subjected to serious challenges will not need to defer to its forerunner law-expressions, and may come to have uses that are independent of them.” (LEVINE, Daniel Harold. Op cit. p. 205)

⁵⁷⁴ Ibid., p. 192 e 195.

⁵⁷⁵ Loc. cit.

sociais, contribui para a permanência do direito, inclusive do direito internacional costumeiro; se, ao contrário, os atos e os discursos estatais se afastam dessa prática de legalidade, o direito termina desgastado.

O marco teórico de Brunnée e de Toope não é suficiente, porém, para explicar como o costume internacional se transforma ao longo do tempo, ou, mais exatamente, como novas regras consuetudinárias podem surgir a partir de outras já existentes. É que, conforme a teoria interacional, todo comportamento desviante de certa prática de legalidade é entendido como uma violação, de forma que o único resultado possível é a paulatina corrosão dessa prática e das normas jurídicas correlatas, até a extinção de ambas, para que, só então, uma nova prática e novas normas jurídicas venham a lume. No que tange a um costume internacional, todavia, não faz muito sentido que ele precise antes ser destruído, para que, no vácuo normativo assim originado, outras regras consuetudinárias venham a substituí-lo. O mais razoável é cogitar que o direito internacional costumeiro evolui por meio de modificações progressivas, sem passar necessariamente por uma fase de obliteração.

Daí a importância da Linguística e da filosofia da linguagem, ao propugnarem que os entes estatais se empenham continuamente em justificar condutas que, de outro modo, por não se coadunarem com determinada regra consuetudinária – ou, na terminologia de Brunnée e de Toope, com uma prática de legalidade –, seriam vistas como simples violações. Nesse passo, mostrou-se especialmente útil a proposta teórica de Daniel Harold Levine, com seu conceito de *rule-expression*, um ato de fala consistente na invocação de certa norma jurídica em casos concretos – por exemplo, para reprovar o comportamento de um Estado. Uma vez que as *rule-expressions* são dotadas de generalidade, os Estados acabam estendendo seu uso a situações não originalmente previstas, bem como extraem, por inferência lógica, novas *rule-expressions* de outras antigas, o que é facilitado pela desordem (*messiness*) do direito internacional. Em outras palavras, os representantes estatais, por meio de argumentação jurídica, constantemente reinterpretem o sentido e o alcance das normas internacionais, e, se essas interpretações não forem eficazmente contestadas e, ademais, forem replicadas, um novo costume internacional – que, na verdade, já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente – pode vir a consolidar-se.

O problema é que a teoria de Levine parece conferir ao direito internacional excessiva maleabilidade, o que pode favorecer o oportunismo político de certos Estados, ou suscitar que aspirações tão somente morais se confundam com teses jurídicas. Para minimizar esses riscos, é válido adotar os critérios de legalidade de Lon Fuller – incorporados na ótica interacional de

Brunnée e de Toope – como parâmetros para se avaliar a coerência, a consistência e, por fim, o grau de juridicidade dos argumentos formulados pelos representantes estatais. Brunnée e Toope salientam que, se determinada proposição normativa cumprir esses requisitos, ela será, inclusive, mais persuasiva e arrecadará maior aderência da sociedade internacional⁵⁷⁶.

Subsequentemente, com base na teoria discursiva acima apresentada, analisam-se dois casos concretos referentes a tentativas de modificação do princípio costumeiro da vedação ao uso da força no plano internacional. A primeira dessas propostas – a intervenção humanitária sem prévia autorização do CSNU – foi menos bem-sucedida, ao passo que a segunda – uma tese que se destina a justificar operações de combate ao terrorismo internacional – pode ser considerada mais promissora.

5.3.1 O uso da força à luz da teoria discursiva do costume internacional

A proibição do uso da força é um dos princípios cardinais do direito internacional na contemporaneidade. A norma conta com previsão expressa no art. 2º (4) da Carta da ONU⁵⁷⁷ e é complementada pelas exceções de legítima defesa (art. 51) e de operação autorizada pelo CSNU (arts. 24 e 25 e Capítulo VII). O regime de *jus ad bellum* assentado no texto onusiano foi corroborado, em 1965, pela *Declaração sobre a inadmissibilidade da intervenção em assuntos domésticos dos Estados e a proteção de sua independência e de sua soberania*⁵⁷⁸; em 1970, pela *Declaração sobre os princípios do direito internacional aplicáveis às relações de amizade e de cooperação entre Estados em conformidade com a Carta da ONU*⁵⁷⁹; em 1974, pela Resolução 3.314 (XXIX) da AGNU, que define o termo agressão⁵⁸⁰; e, em 1987,

⁵⁷⁶ “The criteria of legality underscore that, to discharge their important justificatory function, legal categories must retain relative normative clarity and coherence. This point is especially important in the case of exceptions to fundamental, and broadly stated, rules. Legal norms are typically applied by analogy to a broader framework of norms and to past practices that circumscribe plausible interpretation. Legal norms are not self-applying, but neither are they infinitely malleable. It is not enough that ‘an argument’ can be made; the argument must have the power to persuade and thereby to generate adherence. In other words, the criteria of legality not only determine the strength of legal norms, but also serve to discipline legal arguments.” (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. *Legitimacy and Legality in International Law*. p. 348)

⁵⁷⁷ “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional, Constituição Federal*)

⁵⁷⁸ UN. Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty. **General Assembly**, A/RES/2131 (XX), 21 December 1965. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a20r2131.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁷⁹ UN. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. **General Assembly**, A/RES/2625 (XXV), 24 October 1970. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁸⁰ UN. Definition of Aggression. **General Assembly**, A/RES/3314 (XXIX), 14 December 1974. Disponível em: <<https://documents-dds->

pela *Declaração sobre o reforço da efetividade do princípio que previne o uso ou a ameaça de uso da força nas relações internacionais*⁵⁸¹. Outrossim, a vedação ao uso da força ostenta natureza consuetudinária, porque, como bem observou a CIJ no caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, em julgado de 1984 relativo a questões de competência e de admissibilidade, a codificação de uma norma costumeira ou sua incorporação numa convenção multilateral não a extingue, de sorte que um costume internacional pode conviver perfeitamente com um tratado que apenas o reafirme, sem que haja conflitos normativos entre ambos⁵⁸².

Sem embargo, consoante a perspectiva interacional de Brunnée e de Toope, que é um dos alicerces da teoria discursiva avançada nesta dissertação, para revestir-se de juridicidade, não basta que uma norma esteja inscrita nas fontes do direito internacional, como é o caso da proibição do uso da força; requer-se, isto sim, que ela satisfaça os oito critérios de legalidade de Lon Fuller – generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, não exigir o impossível, constância e congruência entre a regra e a conduta de seus destinatários –, bem como que seja amparada por uma prática de legalidade correspondente. A vedação ao uso da força preenche esses requisitos. A um, porque se cuida de norma geral, dirigida a todos os Estados. A dois, porque é enunciada em fórmula explícita contida no acordo onusiano e no costume internacional, o que lhe imbui de publicidade. A três, porque é não retroativa, tendo em vista que, ademais, remonta a precedentes históricos, como o Tratado Constitutivo da Liga

ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁸¹ UN. Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations. **General Assembly**, A/RES/42/22 (LXXIII), 18 November 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/a42r022.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁵⁸² Os EUA haviam reconhecido a jurisdição da CIJ, com a ressalva de que dela excluam, por meio da seguinte reserva: “disputes arising under a multilateral treaty, unless (1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or (2) the United States of America specially agrees to jurisdiction” (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 26 November 1984, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, p. 31, § 42). O processo tinha como partes apenas EUA e Nicarágua, mas a Corte entendeu que El Salvador também seria afetado por sua decisão, já que, em sua defesa, os EUA argumentavam que exerciam o direito de legítima defesa coletiva em favor de El Salvador. Não obstante, a reserva dos EUA só impedia que a CIJ julgasse o caso com base nos tratados multilaterais pertinentes, como a Carta da ONU e a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Nada obstava que a Corte examinasse violações de outras fontes do direito internacional, como o costume internacional em matéria de uso da força. “The Court cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua. The fact that the abovementioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, non-intervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated.” (Ibid., p. 424, § 73)

das Nações (1919), em seus arts. 11 a 15, e o Tratado Geral sobre Renúncia à Guerra, também conhecido como Pacto Briand-Kellogg (1928). A quatro, porque, ao menos no que concerne à proibição em si, sua precisão denota-se evidente, inexistindo ambiguidade ou obscuridade; é a interação da regra com suas eventuais exceções que pode suscitar dúvidas quanto aos exatos contornos dela. A cinco, porque, até o momento, não consta no direito internacional qualquer dever de uso da força que entre em conflito com a vedação, de maneira que se mantém intacto o critério da não contradição; é verdade que, em matéria de paz e de segurança internacionais, o CSNU pode aprovar resoluções obrigatórias – e que, por conseguinte, consignam um dever – para os Estados-membros da ONU, porém essa atribuição está arrolada na própria Carta das Nações Unidas (arts. 24, 25 e 39). A seis, porque, como a norma impõe tão só uma abstenção, o requisito de não exigir o impossível não é problemático. A sete, porque o teor da proibição tem permanecido constante ao longo do tempo; o que, todavia, pode ameaçar a previsibilidade da regra é, novamente, o surgimento de exceções vagas e mal delimitadas⁵⁸³.

O oitavo e último requisito – congruência entre o conteúdo da norma e os atos estatais – é o que, mais diretamente do que os anteriores, diz respeito à constatação de uma prática de legalidade. Brunnée e Toope listam algumas das ocasiões em que, depois de a vedação ao uso da força consolidar-se na ordem jurídica internacional, se verificaram violações: a invasão do Camboja pelo Vietnã (1978), o envio de tropas soviéticas ao Afeganistão (1979), a ocupação das Ilhas Malvinas pela Argentina (1982), a intervenção militar dos EUA em Granada (1983), a guerra de fronteira entre Etiópia e Eritreia (1998-2000), a operação encabeçada pelos EUA e pelo Reino Unido (2003) e a agressão russa à Geórgia (2008)⁵⁸⁴. Conquanto a CIJ já se tenha pronunciado no sentido de que a repetida inobservância da norma não lhe retira a validade⁵⁸⁵, o julgado pode ser contrabalançado pela opinião endossada por certos jusinternacionalistas de que o regime de *jus ad bellum* forjado pela ONU já se deteriorou⁵⁸⁶. Não obstante, se, por um lado, é controverso afirmar que o número de violações é insignificante se comparado ao total de vezes em que os Estados cumpriram a proibição, devido à inviabilidade de se contabilizar casos de mera abstenção (ou seja, situações em que o uso da força foi cogitado como curso de ação, mas terminou descartado, em homenagem à norma proibitiva); por outro, é perceptível que, a rigor, quando descumpriram a vedação, os entes estatais se empenharam, com maior ou

⁵⁸³ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 279-282.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 282.

⁵⁸⁵ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 98, § 186.

⁵⁸⁶ REISMAN, W. Michael. Criteria for the Lawful Use of Force in International Law. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 10, p. 281, 1985.

com menor sucesso, em oferecer justificativas para sua conduta, invocando alguma exceção à regra. Vale lembrar que, segundo Brunnée e Toope, uma prática de legalidade abrange não só atos, mas também discursos – como, *e.g.*, discursos justificadores⁵⁸⁷.

Eis que ora se revela oportuno recorrer aos *insights* da teoria de Daniel Harold Levine, a propalar que, por meio de argumentação jurídica, os representantes estatais são capazes não de propor a emergência de uma nova exceção costumeira a determinada norma internacional e sim, mais exatamente, de defender que a referida exceção já estaria, desde há muito, prevista, implicitamente, *latentemente*, na própria regra, pelo que seria razoável esperar que o costume internacional viesse a acomodá-la. É essa ligação com o direito preexistente, que nada mais é do que uma construção argumentativa, que se buscará explicitar nos estudos de caso adiante. Pugna-se que argumentos desse tipo são admissíveis. É que, embora Brunnée e Toope, à vista de sua perspectiva interacional, remarquem, com razão, que a proibição do uso da força, em si mesma, resta amparada por uma prática de legalidade, isso não é o que sempre ocorre quando se apreciam as relações entre essa regra e suas exceções, já que, aí, a presença dos critérios de legalidade pode ficar mais nebulosa. A propósito, o raciocínio de Levine mostra-se adequado para complementar essa explicação de Brunnée e de Toope: quando a vedação ao uso da força interage com outras normas internacionais – como as protetivas de direitos humanos e outras que legitimam o combate ao terrorismo (como as Resoluções 1.373 e 1.386 do CSNU, ambas de 2001⁵⁸⁸) –, podem abrir-se *gaps*, interstícios no direito internacional, e neles podem surgir as chamadas normas intersticiais – como as exceções humanitária e antiterrorista à proibição do uso da força. Essas últimas, se articuladas em *rule-expressions*, podem, às vezes, provocar mudanças no costume internacional.

Uma última advertência antes de proceder-se ao exame empírico: o art. 2º (4) da Carta da ONU é tido por uns como *jus cogens*, norma cogente⁵⁸⁹ – *i.e.*, “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma

⁵⁸⁷ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 282-283.

⁵⁸⁸ Após o 11 de Setembro, o Conselho de Segurança aprovou as Resoluções 1.373 e 1.386, que: a) condenavam os atentados terroristas; b) os caracterizavam como “ameaça à paz e à segurança internacionais”; e c) reconheciam o direito de legítima defesa individual ou coletiva com vistas a combater o terrorismo internacional (UN. Security Council, S/RES/1373, 28 September 2001. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2017. UN. Security Council, S/RES/1386, 20 December 2001. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/708/55/PDF/N0170855.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2017).

⁵⁸⁹ SIMMA, Bruno. NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 10, p. 3, 1999. ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 100, § 190 (referindo-se à posição da CDINU de que os dispositivos da Carta da ONU que vedam o uso da força consignam um exemplo de *jus cogens*).

derrogação é permitida”⁵⁹⁰ –, pelo que seu escopo só poderia ser delimitado pelas exceções constantes do próprio acordo onusiano ou por “norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza”, consoante o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Não obstante, em nenhum dos casos abaixo se encontrou registro de que esse contra-argumento lastreado na noção de *jus cogens* tenha sido invocado para fazer frente às teses que sustentavam exceções consuetudinárias à vedação ao uso da força. Na realidade, consoante se verá, os argumentos estatais ou foram refutados por outras alegações, ou pura e simplesmente não foram refutados e sim aceitos e acolhidos por outros Estados.

5.3.1.1 Primeiro estudo de caso: a intervenção humanitária da Bélgica no Kosovo

Daniel Harold Levine aplicou sua perspectiva teórica aos argumentos aventados pela Bélgica ao defender-se das acusações da República Federal da Iugoslávia (RFI) – depois, Sérvia e Montenegro – no caso *Legalidade do uso da força*, apreciado pela CIJ em 1999⁵⁹¹. O governo iugoslavo asseverava que o Estado belga, ao participar da operação militar liderada pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) para conter a crise humanitária no Kosovo naquele mesmo ano⁵⁹², levada a cabo sem prévia autorização do CSNU, teria violado, *inter alia*, normas de direitos humanos, o princípio da não intervenção em assuntos internos e a proibição do uso da força no plano internacional. Em resposta, a Bélgica alegou que existiria um costume internacional permitindo uma intervenção militar para fins humanitários. Embora

⁵⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Coletânea de direito internacional, Constituição Federal.

⁵⁹¹ ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Application instituting proceedings, 29 April 1999. A antiga Iugoslávia também ajuizou ações contra o Canadá, a França, a Alemanha, a Itália, a Holanda, Portugal, a Espanha, o Reino Unido e os EUA, todos integrantes da operação militar da OTAN no Kosovo.

⁵⁹² A crise humanitária no Kosovo remonta à fragmentação da antiga Iugoslávia, a partir de 1991, quando se seguiram conflitos étnicos que chegaram à escala de genocídio. Após a guerra civil na Bósnia, que findou com os Acordos de Paz de Dayton (1995), a instabilidade persistiu na região dos Bálcãs, particularmente no Kosovo, com população de maioria albanesa e, à época, uma província da Sérvia. Em 1998, os sérvios (cristãos ortodoxos) começaram a perseguir os albaneses kosovares (muçulmanos), supostamente devido à atividade terrorista do Exército de Libertação do Kosovo, uma organização que, conforme alguns, teria sido inventada pelos próprios sérvios como pretexto para a repressão. Em 1999, a OTAN interveio militarmente em território kosovar, via operação aérea, sem prévia autorização do CSNU, tendo em vista a paralisação do órgão. A eficácia da campanha aérea é contestada ainda hoje, na medida em que ela não estancou as atrocidades perpetradas em terra contra os civis sérvios e kosovares; ademais, cometeram-se erros, como o bombardeio da embaixada chinesa em Belgrado, o que levou à rejeição, no CSNU, de um projeto de resolução favorável ao uso da força para fins humanitários, justamente em razão do veto da China. Sem embargo, em consequência da destruição causada pelos bombardeios, de uma tentativa de mediação pela Rússia e da incitação do Reino Unido em prol de uma campanha terrestre, as forças sérvias recuaram, e Kosovo foi ocupado pelas tropas da OTAN (ROBERTS, J. M. **The Penguin History of the Twentieth Century: The History of the World, 1901 to the Present**. London: Penguin Books, 2000. p. 799-803). Mais tarde, pela Resolução 1.244 (1998), o Conselho de Segurança terminaria por autorizar uma operação de manutenção da paz na região (*Kosovo Force* – KFOR), encabeçada pela OTAN (UN. **Security Council, S/RES/1199, 23 September 1998**. Disponível em: <<http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1199.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017).

a empreitada belga tenha malogrado, o modelo teórico de Levine possibilitou a identificação das estratégias argumentativas utilizadas nesse contencioso para advogar uma mudança da norma costumeira relativa à vedação ao uso da força, devido à suposta emergência da exceção humanitária. O litígio entre a Bélgica e a RFI prolongou-se até 2004. Nesse ínterim, o Estado iugoslavo alterou seu nome para Sérvia e Montenegro, e um novo governo, mais moderado, subiu ao poder, mas não retirou sua reclamação contra o Estado belga. Em contrapartida, em dezembro daquele ano, a CIJ decidiu que não tinha competência para lidar com o caso, porque a RFI/Sérvia e Montenegro não era o Estado sucessor da antiga Iugoslávia, não sendo parte da Carta da ONU nem do Estatuto da Corte quando o processo se iniciara, em 1999⁵⁹³.

O direito internacional parece estabelecer orientações antagônicas em casos como o de Kosovo, de um lado prestigiando a soberania, de outro, os direitos humanos. Segundo Levine, é justamente esse tipo de contexto que favorece o uso das mencionadas normas intersticiais, a fim de que, operando nas brechas entre as várias regras aplicáveis, possibilitem conciliar todas elas, via argumentação jurídica⁵⁹⁴. “And so the legal-diplomatic maneuvering in most cases focuses on the attempt (on the pro-intervention side) to come up with a way of justifying intervention in this case as an instance where some reconciling norm permits it.”⁵⁹⁵

À época da intervenção da OTAN no Kosovo, três teses justificadoras foram propostas pelas potências interventoras: pela primeira, o imperativo humanitário teria um *status* superior que lhe conferiria o condão de afastar a proteção de que um Estado usufrui em decorrência de sua soberania; pela segunda, a operação militar estaria implicitamente autorizada por certas resoluções do CSNU; e, finalmente, pela terceira, o ato interventivo estaria justificado não por seus propósitos humanitários nem por contar com o aval do Conselho de Segurança e sim por não violar a soberania do ente estatal a que se destinava. A última dessas três justificativas foi a adotada pela Bélgica em sua defesa junto à CIJ, enquanto as outras duas explicações foram invocadas pelos demais Estados participantes da campanha da OTAN. Para Levine, a terceira proposta justificadora é a mais interessante, porque é a que detém maior potencial para mudar o direito internacional consuetudinário em matéria de uso da força. Afinal, se, por exemplo, a

⁵⁹³ ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Judgment of 15 December 2004, p. 325-327. A RFI só seria aceita como membro da ONU em novembro de 2000 (UN. The General Assembly admitted the Federal Republic of Yugoslavia as a member of the UN. **General Assembly**, A/RES/55/12 (LVI), 1 November 2000. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/UNMembers%20ARES552.php>>. Acesso em: 10 jan. 2017).

⁵⁹⁴ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 213.

⁵⁹⁵ Loc. cit.

intervenção realmente desfrutasse de autorização implícita do CSNU, seu fundamento adviria da Carta da ONU e não do costume internacional⁵⁹⁶.

No caso *Legalidade do uso da força*, em suas alegações orais, a Bélgica apontou que:

jamais l'OTAN n'a mis en question l'indépendance politique, l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie, jamais d'ailleurs toutes les résolutions du Conseil de sécurité, les décisions de l'OTAN, les communiqués de presse le rappellent. Donc ce n'est pas une intervention dirigée contre l'intégrité territoriale, l'indépendance pour l'ex-République de Yougoslavie, c'est une intervention pour sauver une population en péril, en détresse profonde. C'est la raison pour laquelle le Royaume de Belgique estime que c'est une intervention humanitaire armée qui est compatible avec l'article 2, paragraphe 4 de la Charte qui ne vise que les interventions dirigées contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat en cause.⁵⁹⁷

Levine interpreta os argumentos belgas como uma tentativa de valer-se de uma *rule-expression* fundada em norma costumeira enunciando que, se certo ato interventivo não fere a integridade territorial nem a independência política de um Estado e sim tenciona, na verdade, proteger direitos humanos, então o uso da força é admissível. O problema é que essa tese não se encaixa comodamente no discurso jurídico mais amplo sobre o tema⁵⁹⁸. Ela não se coaduna, *e.g.*, com a posição da CIJ, que, no caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, entendeu que apenas a legítima defesa configurava exceção permissível à vedação consuetudinária ao uso da força e, ademais disso, a delimitou restritivamente⁵⁹⁹. As resoluções da AGNU citadas na introdução da seção 5.3.1 também militam contra o raciocínio belga⁶⁰⁰; é de se remarcar que – conquanto essas deliberações tenham valor meramente

⁵⁹⁶ Ibid., p. 213-214. À luz de sua experiência recente, o CSNU tem alargado a noção de paz e de segurança internacionais, com base na percepção de que esses dois valores podem ser fragilizados ou rompidos por tragédias humanitárias, mesmo que encerradas dentro de fronteiras estatais. Ademais, o Conselho de Segurança dispõe de vasta discricionariedade para definir em que consiste uma ameaça à paz, uma quebra da paz ou um ato de agressão, nos termos do art. 39 da Carta da ONU (HOLZGREFE, J. L. *The Humanitarian Intervention Debate*. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 31).

⁵⁹⁷ ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Oral Proceedings, CR 1999/15, 10 May 1999, p. 16.

⁵⁹⁸ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 219.

⁵⁹⁹ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 103-104, § 194-195.

⁶⁰⁰ A *Declaração sobre a inadmissibilidade da intervenção em assuntos domésticos dos Estados e a proteção de sua independência e de sua soberania* e a *Declaração sobre os princípios do direito internacional aplicáveis às relações de amizade e de cooperação entre Estados em conformidade com a Carta da ONU* versam que: “[no] State has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State” (UN. Declaration on the Inadmissibility... UN. Declaration on Principles...). A Resolução 3.314 (XXIX) da AGNU proscreeve como agressão “any military occupation, however temporary”, bem como o “[bombardament] by the armed forces of a state against the territory of another state”, aduzindo que “[no] consideration of whatever nature, whether political, economic, military or otherwise, may serve as a justification for aggression” (UN. Definition of Aggression). Por fim, a *Declaração sobre o reforço da*

recomendatório e, portanto, não possam, sozinhas, fundamentar contra-argumentos jurídicos – vale empregá-las como parâmetro para a análise dos atos de fala da Bélgica: ao delinarem o sentido de termos como força e agressão, essas resoluções têm impacto sobre *rule-expressions* que dependem desses conceitos, ainda que indiretamente⁶⁰¹.

Sem embargo, para Levine, não era impossível ao Estado belga insistir na construção argumentativa de uma exceção humanitária à proibição do uso da força, em razão do dissenso que tem permeado a interpretação da Carta da ONU desde o momento de sua elaboração⁶⁰². A respeito, Holzgrefe e Farer identificam duas escolas de pensamento: classicistas e realistas jurídicos. Recorrendo aos *travaux préparatoires* do acordo constitutivo onusiano, com vistas a discernir as intenções das nações em 1945, o primeiro grupo, classicistas, preconiza que a redação cuidadosa do art. 2º (4) visava a reforçar as interdições nele insculpidas. A expressão genérica “ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”, ao fim do dispositivo, teria o condão de emprestar elasticidade à norma, propiciando-lhe impedir até intervenções de objetivos humanitários. Os realistas jurídicos discordam, ao advogarem que a literalidade do dispositivo serviria justamente para qualificar seu alcance. De acordo com essa lógica, se o artigo 2º (4) só alude ao uso ou à ameaça de uso da força contra a “integridade territorial” ou a “independência política” dos Estados, uma intervenção humanitária, porque não se destina a ferir nem uma nem outra, não se enquadraria na proscrição⁶⁰³. Cabe aduzir que Levine se reporta a uma pesquisa histórica realizada por Anthony D’Amato sobre o teor das expressões “integridade territorial” e “independência política” tais como utilizadas em documentos jurídicos que inspiraram a Carta da ONU e conclui que as divergências quanto ao significado de ambas eram patentes⁶⁰⁴: “the discourse over sovereignty has been messy from the start”⁶⁰⁵.

Outro movimento discursivo da Bélgica valeu-se da pluralidade semântica que o termo soberania ostenta não na linguagem jusinternacionalista especificamente e sim na linguagem da política internacional em geral. Afinal, desde meados do século XX, o discurso dos direitos

efetividade do princípio que previne o uso ou a ameaça de uso da força nas relações internacionais estipula que: “[no] consideration of whatever nature may be invoked to warrant resorting to the threat or use of force in violation of the Charter” (UN. Declaration on the Enhancement...).

⁶⁰¹ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 220.

⁶⁰² Ibid., p. 223.

⁶⁰³ HOLZGREFE, J. L. Op. cit. p. 37-40. FARER, Tom J. Humanitarian Intervention Before and After 9/11: Legality and Legitimacy. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 61.

⁶⁰⁴ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 224-226. Outrossim, o autor sublinha que, nos resoluções do CSNU referentes à crise humanitária no Kosovo, também se percebe ambiguidade nas expressões “integridade territorial” e “independência política” (ibid., p. 227-230).

⁶⁰⁵ Ibid., p. 227.

humanos já vinha penetrando os foros internacionais e os debates da sociedade civil global, e essas tendências foram impulsionadas pelo que Levine designa como novo humanitarianismo, que pode ser ilustrado: pela maior assertividade do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ao enfatizar que, em situações emergenciais, o consentimento estatal para a prestação de ajuda humanitária deve ser presumido; pelo maior ativismo de ONGs que denunciam a perpetração de atrocidades mundo afora; e pelos estudos da *International Commission on Intervention and State Sovereignty* – ICISS, entidade que viria a desenvolver o conceito de responsabilidade de proteger (*responsibility to protect* – R2P), que intenta conciliar soberania e direitos humanos e que seria acolhido pela AGNU no Documento Final da Cúpula Mundial de 2005⁶⁰⁶⁻⁶⁰⁷. Esses avanços assinalavam que, no âmbito doméstico, o Estado soberano não dispunha de liberdade absoluta para definir o tratamento de indivíduos e de grupos humanos.

[While] Belgium could not directly cite non-legal discourse on human rights and sovereignty as justification for its interstitial law-expression of humanitarian intervention, it can benefit from shifts in that discourse that affect the understanding of the expression, if justified. It may even be able to cite it as a certain kind of ‘semantic’ justification.⁶⁰⁸

A teoria de Levine não se resume, contudo, a atos de fala. Não basta invocar uma *rule-expression*; é preciso, adicionalmente, aplicá-la a casos concretos, porque só assim é possível verificar como ela tem sido empregada para justificar ações estatais. Correspondendo a essa exigência, em sua argumentação jurídica, o Estado belga elencou cinco incidentes que podiam ser interpretados como dotados de propósitos humanitários; trata-se das intervenções: da Índia no Paquistão Oriental (Bangladesh), em 1971; do Vietnã no Camboja, em 1978; da Tanzânia

⁶⁰⁶ Ibid., p. 230-253.

⁶⁰⁷ UN. 2005 World Summit Outcome. **General Assembly**, A/RES/60/1, 24 October 2005, p. 30. Disponível em: <<http://www.un.org/summit2005/documents.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017. A ICISS foi uma entidade *ad hoc* de fins acadêmicos, não vinculada à ONU, mas encarregada, em 2000, pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, de conceber respostas eficazes e politicamente viáveis a maciças violações de direitos humanos, bem como medidas preventivas, no intuito de, uma vez enfrentados os tópicos mais polêmicos, “avançar um consenso global” em torno da conciliação entre intervenção humanitária e soberania (BELLAMY, Alex J. **Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities**. Cambridge: Polity, 2009. p. 35-36). O ponto de partida das reflexões da ICISS foi a ideia de soberania enquanto responsabilidade. Segundo essa perspectiva, o Estado remanesce como o principal provedor de segurança, mas essa última passa a ser entendida como segurança *humana*, e a função daquele primeiro não é mais um fim em si mesmo: assume, isto sim, caráter instrumental⁶⁰⁷. Embora a soberania ainda seja traço distintivo do Estado, ela não mais o toma como único ou como último referencial: endereça-se agora aos cidadãos. Portanto, quando os direitos de indivíduos ou de grupos restam violados, a própria soberania deteriora-se: na medida em que o soberano descumpra as obrigações a ela inerentes, abdica também das prerrogativas que dela derivam (ICISS. **The Responsibility to Protect: Research, Bibliography, Background**. Supplementary volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, 2001. p. 11).

⁶⁰⁸ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 236.

em Uganda, em 1979; e, por fim, da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (*Economic Community of West African States – ECOWAS*) na Libéria, em 1990, e em Serra Leoa, em 1997. Se, por um lado, é verdade que a justificativa humanitária alegada em todos esses precedentes foi criticada⁶⁰⁹, por outro, não é menos verdade que nenhum deles terminou sem controvérsia⁶¹⁰. Isso significa que, conquanto a invocação do imperativo humanitário não tenha sido pacificamente aceita em nenhum desses casos, tampouco se pode afirmar que todos eles foram completamente desprovidos de motivos humanitários⁶¹¹. Percebe-se, destarte, que a prática internacional está sujeita a múltiplas interpretações. Segundo Levine, “[it] is possible to connect old controversies with new ones precisely because a controversy can practically end without settling all the possible questions that it raises.”⁶¹² Consequentemente, a Bélgica viu-se capaz de conectar esses precedentes, por similaridade, ao contexto da crise no Kosovo.

Ao findar sua análise, Levine conclui que:

it is not clear that Belgium’s argument did meet with much success, and the dismissal of the case makes it less likely that the argument will in fact have a far reaching normative impact on the discourse. Nonetheless, it is a case in which we can see the backwards-looking possibilities of justification at work, taking advantage of the permanent possibility of mistake embedded even in stale controversies. The fact that no interstitial law has arisen is an entirely contingent matter, and the possibilities remain open.⁶¹³

Cuida-se de conclusão demasiado otimista quanto às possibilidades futuras da exceção humanitária à proibição do uso da força. É que, além de ser uma *rule-expression* lastreada em estratégias argumentativas muito contestáveis, se percebe que, ao complementar-se o presente exame com a aplicação da teoria interacional de Jutta Brunnée e de Stephen J. Toope, ela não atende a todos os critérios de legalidade que uma norma deve seguir para irradiar legitimidade jurídica e gerar fidelidade. Particularmente, falta-lhe cumprir o requisito da clareza, tendo em vista a óbvia imprecisão de seus contornos, o que deixa em aberto perguntas tais como: quais

⁶⁰⁹ Por exemplo, a intervenção da Índia no Paquistão Oriental, para proteger a população de etnia bengali contra as tropas paquistanesas, foi justificada como necessária para preservar as fronteiras indianas e não para salvar vidas.

⁶¹⁰ Ibid., p. 254-260.

⁶¹¹ Na realidade, talvez consista em esforço vão perquirir sobre as intenções dos Estados, se retas ou viciadas, se altruístas ou egoístas. Como observa Michael Walzer: “I have not found any, but only mixed cases where the humanitarian motive is one among several. States don’t send their soldiers into other states, it seems, only in order to save lives. The lives of foreigners don’t weigh that heavily in the scales of domestic decision-making. So we shall consider the moral significance of mixed motives. It is not necessarily an argument against humanitarian intervention...” (WALZER, Michael. **Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations**. 3rd ed. New York: Basic Books, 2000, p. 102).

⁶¹² LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 261.

⁶¹³ Ibid., p. 264-265.

são as violações de direitos humanos que permitem o uso da força para fins humanitários sem autorização do CSNU? Quão graves elas devem ser? Como a operação militar que visa a fazer cessar atrocidades há de ser conduzida? Quais limites ela deve respeitar?

É válido sustentar que essa nebulosidade poderia ser mitigada se fossem integrados na *rule-expression* referente à exceção humanitária os conceitos de responsabilidade de proteger e de responsabilidade ao proteger (*responsibility while protecting* – RwP), porquanto ambos recortam, mais acuradamente, as hipóteses em que uma intervenção humanitária pode ocorrer, bem como estabelecem critérios para sua deflagração, para sua condução e para o período de reconstrução pós-crise⁶¹⁴⁻⁶¹⁵. O problema é que a R2P abrange tão só o uso da força que esteja conforme a Carta da ONU, cingindo-se a intervenções humanitárias previamente autorizadas pelo CSNU⁶¹⁶. Já a *rule-expression* da exceção humanitária, assentada no direito internacional costumeiro, refere-se, ao contrário, ao uso da força sem o aval do Conselho de Segurança. Eis que, em consequência, se a R2P e, por extensão, a RwP fossem incorporadas na argumentação jurídica em defesa da exceção humanitária, restaria violado outro dos requisitos de legalidade de Lon Fuller: a não contradição.

Em paralelo, anote-se que a *rule-expression* ora abordada tampouco satisfaz o critério da congruência entre o conteúdo da norma a ela vinculada e os atos estatais. Afinal, não só no passado, mas também em ocasiões mais recentes – como na invasão do Iraque pelos EUA, em 2003⁶¹⁷, e na intervenção da Rússia na Geórgia, em 2008⁶¹⁸ –, alguns Estados tentaram alegar

⁶¹⁴ A R2P tal como inscrita no Documento Final da Cúpula Mundial de 2005 enuncia que o uso da força para fins humanitários há de restringir-se aos casos de genocídio, de crimes de guerra, de crimes contra a humanidade e de limpeza étnica (UN. 2005 World Summit Outcome... p. 30). Ademais, sublinhe-se que, na concepção original da ICISS, a responsabilidade de proteger contava com uma série de princípios-guias voltados para evitar que os Estados cometessem abusos ao invocar o imperativo humanitário; na versão da R2P que veio a ser acolhida pela AGNU, contudo, esses critérios acabaram sendo abandonados (ICISS. **The Responsibility to Protect: Report of the ICISS**. Ottawa: International Development Research Centre, 2001. p. xii-xiii). Por seu turno, a RwP foi proposta em 2011 pelo governo brasileiro, após a criticada intervenção da OTAN, sob o mandato da ONU, na Líbia de Muammar al-Gaddafi; sua intenção é, sobretudo, prevenir excessos durante a execução de uma operação militar de objetivos humanitários, prevendo, entre outros pontos: respeito ao Direito Internacional Humanitário pelas tropas; comunicação contínua entre as Nações Unidas, de um lado, e as forças militares e a autoridade política local, de outro; e planejamento para a transição pós-intervenção (UN. **Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General**, A/66/551-S/2011/701, 11 November 2011. Disponível em: <<http://www.un.int/brazil/speech/Concept-Paper-%20RwP.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017).

⁶¹⁵ “In any event, even when a shared understanding arises, any norm must still be built within the parameters of the criteria of legality. In the case of the responsibility to protect, we have shown that some substantive elements of the emerging norm meet the criteria of legality. For example, anchoring the responsibility in the framework of ‘international crime’ provides for greater clarity, enhances constancy over time, and minimizes the possibility of norm contradiction.” (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 341)

⁶¹⁶ UN. 2005 World Summit Outcome... p. 30.

⁶¹⁷ BELLAMY, Alex J. Responsibility to Protect... p. 66-70.

razões humanitárias para justificar o uso da força, todavia a sociedade internacional rechaçou vigorosamente esses esforços argumentativos, porque se cuidava, evidentemente, de retórica vazia. “[Inconsistent] or selective application or interpretation of existing customary rules, notably by more powerful states, undercuts the very practice of legality that is needed to sustain interactional law.”⁶¹⁹

Em suma, por não preencher adequadamente os requisitos de legalidade, a proposta normativa da exceção humanitária dá margem ao oportunismo político e mostra-se menos persuasiva do que poderia ser, de maneira que vários são os entes estatais que preferem não replicá-la como justificativa para seus atos. Com efeito, os advogados de uma flexibilização do valor da não intervenção restringem-se quase que a Estados do Ocidente, enquanto países da África e da Ásia, ciosos de sua soberania, não endossam essa tese⁶²⁰.

Em contrapartida, a exceção antiterrorista à vedação ao uso da força, objeto do estudo de caso seguinte, revela-se algo mais promissora, a despeito de também não cumprir todos os critérios de legalidade mencionados na teoria interacional de Brunnée e de Toope.

5.3.1.2 Segundo estudo de caso: o uso da força pelos EUA contra o Estado Islâmico em território sírio

Desde 2014, os EUA, juntamente com outros países, vêm realizando ataques aéreos contra o autodenominado Estado Islâmico (EI) no Oriente Médio. Essas operações, mesmo antes de deflagradas, contavam com a autorização do Iraque para que acontecessem em seu território, mas nunca contaram com o consentimento da Síria. Paralelamente, no início, China, Reino Unido e Rússia não apoiaram essas intervenções. Particularmente, o Estado russo chegou a vetar um projeto de resolução do CSNU acerca do uso da força contra o EI. Essa situação modificou-se em outubro de 2015, após o EI atacar um avião russo que sobrevoava a região do Sinai. Em resposta, foi aprovada a Resolução 2.249, que considerava o EI uma ameaça à paz e à segurança internacionais e que determinava o emprego de todos os meios necessários para erradicá-lo da Síria⁶²¹.

⁶¹⁸ BELLAMY, Alex J. The Responsibility to Protect – Five Years On. **Ethics & International Affairs**, New York, v. 24, n. 2, p. 152, 2010.

⁶¹⁹ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 74.

⁶²⁰ BYERS, Michael; CHESTERMAN, Simon. Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 177-203.

⁶²¹ SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cleveland (Ohio), v. 48, p. 2-4, 9 e 10, 2016.

Sem embargo, enquanto a resolução não veio a lume, os ataques aéreos dos EUA persistiram. Nesse ínterim, os consultores jurídicos estadunidenses valeram-se de diversos argumentos para justificar o uso da força contra o EI em território sírio⁶²². Entre outras, invocou-se a tese de que a Síria não queria ou não conseguia (*unwilling or unable*) prevenir a atuação do EI dentro de suas fronteiras, o que autorizaria os EUA a reagirem em legítima defesa contra esse grupo terrorista – que, ressalte-se, é um ator não estatal – e em favor, por exemplo, do Iraque⁶²³. Trata-se de exceção não prevista originalmente na norma costumeira que proíbe o uso da força no plano internacional. Para os EUA e para alguns autores, essa interpretação extensiva do direito de legítima defesa consagraria um costume internacional em formação desde o 11 de Setembro⁶²⁴.

Para a CIJ, no entanto, em casos como *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986) e outros, o direito de legítima defesa somente pode ser invocado contra atores não estatais se se provar que eles são controlados pelo Estado onde a operação militar será realizada – vale dizer, havendo controle, o ator não estatal é considerado ficticiamente um órgão desse último Estado, de modo que a legítima defesa pode ser exercida inclusive contra a entidade estatal⁶²⁵. No caso *Nicarágua*, a CIJ não encontrou evidência bastante para entender que os *Contras* – os paramilitares atuantes em território nicaraguense – eram controlados pelos EUA⁶²⁶. Similarmente, salienta-se que, quando Washington atacou o Afeganistão no pós-11 de Setembro, não podia alegar que procedia dessa maneira porque o regime do Talibã, dominante no Estado afegão, controlava a Al-Qaeda, o ator não estatal responsável pelos atentados terroristas. É que, na verdade, conforme as evidências à disposição à época, a Al-Qaeda teria planejado e executado os ataques com autonomia. Eis por que os EUA precisaram desenvolver a tese *unwilling or unable*, para intervir sem o consentimento do Afeganistão⁶²⁷.

Para que essa nova interpretação do direito de legítima defesa detenha *opinio juris*, conforme a teoria de Daniel Harold Levine, exige-se conectá-la com normas jurídicas

⁶²² Ibid., p. 41-50.

⁶²³ Ibid., p. 21.

⁶²⁴ Ibid., p. 2 e 21.

⁶²⁵ Ibid., p. 23-24. ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 86-88, § 162-165. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016. ICJ. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion of 9 July 2004, p. 194, § 139. ICJ. **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)**, Judgment of 19 December 2005, p. 223, § 147.

⁶²⁶ ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, Merits, p. 86-88, § 162-165.

⁶²⁷ Ibid., p. 28-29.

preexistentes, mediante inferências lógicas. Três são os fundamentos propalados por Washington: a) um convencional; b) um jurisprudencial; e c) um consistente em ato de organização internacional – mas todos consubstanciando exemplos de uma mesma regra. O primeiro diz respeito à V Convenção da Haia de 1907, que prevê os critérios da neutralidade numa guerra: nesse tratado, frisa-se que um Estado neutro não pode permitir a utilização de seu território por tropas combatentes; se ele não quiser ou não puder – *i.e.*, se estiver *unwilling or unable* de – impedir esse uso, os beligerantes ficam habilitados a atacá-lo. O segundo fundamento refere-se ao caso *Canal de Corfu* (1949), oportunidade em que a CIJ decidiu que um Estado podia ser responsabilizado se se mostrasse omissivo ou negligente com relação à presença, dentro de suas fronteiras, de artefatos potencialmente perigosos para outros Estados; ora, conquanto o caso original lidasse com minas submarinas, o raciocínio por detrás da decisão poderia ser estendido a grupos terroristas atuantes no território de um Estado sem serem repreendidos. Por fim, o terceiro fundamento é a Resolução 1.373 do CSNU, que, ao reconhecer que o direito de legítima defesa podia ser exercido contra os terroristas do 11 de Setembro, teria proibido aos Estados que oferecessem seu território como refúgio para esses atores não estatais; uma interpretação extensiva desse instrumento sugere que, se esses grupos terroristas desfrutarem de atuação desimpedida no território de um Estado, resta autorizado o uso da força em legítima defesa contra eles⁶²⁸. Os três pontos abordados consignam exemplos de uma mesma *rule-expression*, pelo que se pode argumentar que a nova norma costumeira – *in casu*, a nova hipótese de uso da força em legítima defesa –, na realidade, já estaria contida, latentemente, no direito preexistente.

Ademais, é sabido que, ao intervirem no Afeganistão em 2001, necessitando, para tanto, da justificativa oferecida pela tese *unwilling or unable*, os EUA defrontaram-se com algumas críticas da comunidade internacional; no entanto não é menos verdade que uma longa lista de Estados apoiou a operação contra a Al-Qaeda⁶²⁹. Eis que se pode considerar que, se houve uma disputa acerca da legalidade dos atos estadunidenses à época, ela não teria chegado a uma conclusão definitiva – e, sobretudo, como não se constatou oposição de monta à *rule-expression unwilling or unable*, ela passou a ser encarada como justificada. Com efeito, essa desordem (*messiness*) teria permitido que, sob Obama, no combate ao EI na Síria, essa *rule-expression* fosse reinvocada, fazendo-se referência à operação no Afeganistão como precedente. Michael P. Scharf comenta que, de 2001 a 2016, outros Estados têm citado a

⁶²⁸ Ibid., p. 30-31.

⁶²⁹ Ibid., p. 28.

resposta dos EUA à Al-Qaeda para justificar os próprios atos contra grupos terroristas atuantes em territórios vizinhos⁶³⁰.

Não obstante, é de se notar que a *rule-expression* concernente à exceção antiterrorista à proibição do uso da força não satisfaz todos os critérios de legalidade enumerados na teoria interacional de Jutta Brunnée e de Stephen J. Toope. O requisito de clareza e de precisão, *e.g.*, resta vulnerado porque, devido à ausência de parâmetros mais detalhados, nem sempre é fácil determinar quando um Estado não quer ou não pode combater um grupo terrorista atuante em seu território. Igualmente, o critério de não exigir o impossível defronta-se com dificuldades, em especial naquelas situações em que determinado ente estatal simplesmente desconhece que atores terroristas se escondem dentro de suas fronteiras⁶³¹. Por fim, o requisito da congruência também apresenta desafios, já que quanto maior a imprevisibilidade e a incerteza ostentadas por uma norma, mais complicado se torna aferir se há correspondência entre os atos estatais e as exigências normativas⁶³².

Ora, se, à luz dos critérios de legalidade, a *rule-expression* da exceção antiterrorista se revela, aparentemente, tão deficiente quanto a da exceção humanitária, por que a primeira se deparou com maior aceitação do que a segunda? Muitas são as respostas divisíveis, mas, para o presente exame, cabe atentar tão somente para algumas explicações discernidas por Levine ao desenvolver sua teoria. Segundo o autor, uma *rule-expression* será mais (ou menos) aceita a depender do interlocutor que a emprega, bem como de sua utilidade prática⁶³³. A exceção antiterrorista, como foi articulada por uma grande potência como os EUA, e como se destina a resolver problemas prementes do mundo contemporâneo, acaba encontrando, portanto, maior adesão do que a exceção humanitária. É que, normal e lamentavelmente, graves e sistemáticas violações de direitos humanos ocorridas no exterior não se beneficiam do mesmo grau de atenção que os Estados dedicam ao contraterrorismo. Afinal, quando se consideram os impactos domésticos de cada uma dessas questões, os riscos oferecidos por agentes terroristas

⁶³⁰ Ibid., p. 36-37.

⁶³¹ BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 307-311.

⁶³² “[The] more unpredictable and uncertain a supposed rule becomes, the more difficult it will be to meet the congruence requirement.” (Ibid., p. 307)

⁶³³ “On the one hand, uses of law-expressions by certain agents are more likely to grant reissuance-licenses that will be accepted by other participants. On the other, law-expressions that provide attractive resolutions to thorny problems will be greeted more warmly by the practice than those that are less useful. But this is the same process I have already described for CIL [customary international law] in general (the normative life of a law-expression depends on whether one can justify it, and whether one is likely to face serious challenges).” (LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 200-201) Assim também, Brunnée e Toope: “[arguing] for the ability of interactional law to constrain power is not to deny that powerful states (and other actors) have a privileged place in international law-making. By virtue of their greater resources, they have a stronger capacity to influence communication than poor states” (BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Legitimacy and Legality in International Law. p. 55).

tendem a ser mais imediatos do que os decorrentes de uma emergência humanitária irrompida num país distante. Adicione-se que, conquanto seja verdade que os referidos fatores – autor e utilidade prática de certa tese – realçaram o poder de convencimento dos argumentos em torno da *rule-expression* da exceção antiterrorista, não é menos verdade que os trabalhos acadêmicos sobre o tema da persuasão ainda não conseguem clarificar como ela opera nem em que medida é relevante no plano internacional⁶³⁴. Com efeito, o mais provável é que, quando outros Estados passaram a justificar seus atos com base na *rule-expression unwilling or unable*, não o fizeram porque se curvaram a uma suposta superioridade argumentativa dos EUA e sim porque era politicamente conveniente. Nesse ponto, a teoria discursiva do costume internacional há de ceder espaço a outros marcos teóricos, como, por exemplo, o realismo das Relações Internacionais.

Sublinhe-se que, embora o presente estudo de caso se tenha prestado a demonstrar a utilidade prática da teoria de Daniel Harold Levine acerca da transformação de um costume internacional, descabe negar que a análise foi excessivamente breve e superficial. Aduza-se que, apesar de certos autores, como Michael P. Scharf, entreverem o surgimento de uma nova regra consuetudinária *in casu*, a posição contrária também é perfeitamente plausível, ainda mais quando se recorda que, para a CIJ, o direito de legítima defesa não pode ser exercido direta e exclusivamente contra atores não estatais. Como sói acontecer no direito internacional, a controvérsia permanece em aberto, mas, a cada invocação da tese *unwilling or unable*, alarga-se a prática internacional que serve de substrato à *rule-expression* articulada pelos EUA. Por ora, todavia, talvez seja válido reconhecer as virtudes do dissenso e de desfechos inconclusivos: são esses os traços que asseguram às normas internacionais a flexibilidade necessária para que se adaptem aos desafios contemporâneos.

5.4 A teoria discursiva e a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário

O presente marco teórico também consegue, em certa medida, lidar com o primeiro dos quatro problemas acima enumerados, a saber, a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário. Doravante, passa-se a elucidar como a concepção do costume internacional como um construto discursivo permite clarificar essa questão.

⁶³⁴ ALKOBY, Asher. Op. cit. p. 184.

Ora, como já se aventou anteriormente, a invocação de alguma das múltiplas posições doutrinárias sobre o duplo requisito do direito internacional costumeiro tende a ocorrer, para fins práticos, ou seja, para além dos incessantes debates acadêmicos, quando um Estado busca defender ou negar a existência ou a incidência de uma norma consuetudinária, ou, ainda, fixar seu conteúdo. Com isso se quer dizer que a doutrina dos dois elementos acaba sendo integrada na argumentação jurídica dos representantes estatais – mais especificamente, em teses ou em contestações propostas quando uma controvérsia internacional envolvendo determinada regra consuetudinária é submetida a um meio diplomático, político ou jurisdicional de solução. Essa pressuposição pode a levar a crer que, a princípio, os Estados têm, em qualquer circunstância, plena discricionariedade para escolher o posicionamento doutrinário que melhor lhes convém, seja quando pugnam que uma norma costumeira não existe ou não se lhes aplica, seja quando acusam outros Estados de descumprir um costume internacional cuja existência ou incidência esses últimos rejeitam. Não obstante, essa conclusão apressada não se sustenta.

Sob o prisma da teoria discursiva acima descrita, revela-se equivocado pensar que, ao formularem seus argumentos jurídicos, os representantes estatais sempre são totalmente livres para selecionar as visões doutrinárias que desejam. É que, quando estão engajados num litígio internacional, os Estados devem preocupar-se com o poder de convencimento das teses de que se valem, seja para acusar, seja para se defender. É verdade que, para autores como Ian Hurd, como explicado *supra*, quando um ente estatal emprega argumentação jurídica para justificar sua conduta, sua justificativa não necessariamente precisa ser aceita pela audiência a que ela se destina. Afinal, conforme esse acadêmico, divergências sobre o que as normas exigem são endêmicas no direito internacional, e é raro quando uma controvérsia internacional é resolvida pela determinação do único e verdadeiro sentido de uma norma⁶³⁵. Sem embargo, tudo o que Hurd está assinalando é que o convencimento não é parâmetro para se avaliar a eficácia de um argumento: mesmo que a audiência não reste convencida, a argumentação adotada não perde seu valor. Ora, embora seja correto afirmar que o convencimento não necessita ser atingido, isso não significa que os Estados não se empenhem em atingi-lo. Muito pelo contrário.

Durante a resolução de uma controvérsia internacional, especialmente, é evidente que, quando um Estado sai derrotado – *i.e.*, quando sua tese não prevalece –, ele pode estar sujeito à responsabilização internacional. Nesse contexto, o poder de convencimento dos argumentos propalados por um representante estatal adquire importância crucial. Vários fatores podem ser elencados como determinantes desse poder de convencimento argumentativo, mas, entre eles,

⁶³⁵ HURD, Ian. Op. cit. p. 591.

é de se destacar o foro decisório. Assim, se a controvérsia for equacionada pela CIJ ou por outro tribunal, seja ele judicial ou arbitral, o ideal é que a argumentação estatal, se se pretende persuasiva, esteja em sintonia com a jurisprudência – ou com os laudos e com os termos do compromisso arbitral – dessas instâncias. Mesmo que, no direito internacional, os precedentes não sejam formalmente vinculantes, as cortes tendem a manter certa coerência decisória ao longo de seus julgados, como se percebe nas contínuas referências que a CIJ faz a decisões e a opiniões consultivas prévias⁶³⁶. Por conseguinte, se o litígio estiver sob a apreciação de meios jurisdicionais, os argumentos jurídicos dos Estados devem seguir preferivelmente as posições doutrinárias acerca do duplo elemento do costume internacional que tiverem sido endossadas pelos juízes e pelos árbitros. É que, de certo modo, nessas instâncias, a parte litigante não visa a convencer o julgador de que sua tese é a mais correta, mas sim de que sua tese é a que mais está de acordo com o entendimento do próprio julgador. Em contraposição, se a controvérsia for resolvida por meios diplomáticos – como negociações diretas, mediação ou conciliação – a liberdade de argumentação dos entes estatais aumenta, até porque, nessas vias, a solução não precisa basear-se no direito, contanto que não contrarie; nessas situações, a racionalidade discursiva tende a combinar-se com a racionalidade estratégica⁶³⁷.

Por fim, cabe voltar ao início, mais especificamente ao debate sobre os fundamentos do direito internacional consuetudinário, exposto no Capítulo 2. O que a teoria discursiva do costume internacional pode dizer sobre esse tema? Duas coisas. A primeira é que, em alguma medida, a perspectiva discursiva provê uma resposta própria para a questão dos fundamentos. De um lado, para essa teoria, a obrigatoriedade do costume internacional assenta-se na prática de legalidade descrita por Brunnée e por Toope. De outro, decorre da própria linguagem, uma vez que os Estados falam, reiteradamente, que o direito internacional costumeiro é obrigatório e, ademais, ocasionalmente, invocam *rule-expressions* calcadas no costume internacional para condenar comportamentos dissonantes. Ora, como explica Koskenniemi, “language precedes thought”⁶³⁸: a linguagem acerca das regras consuetudinárias constrange o pensamento e gera efeitos constitutivos sobre a realidade. Destarte, se os Estados emitem repetidos atos de fala declarando que o costume internacional é obrigatório, então ele acaba sendo percebido como efetivamente obrigatório. Por sua vez, como visto acima, o fundamento de obrigatoriedade de uma nova norma costumeira reside em suas conexões com o direito preexistente: como esse

⁶³⁶ CHARNEY, Jonathan I. Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 271, p. 129, 1998.

⁶³⁷ ATIENZA, Manuel. Op. cit. p. 257.

⁶³⁸ KOSKENNIEMI, Martti. Op. cit. p. 12.

último é vinculante, aquela primeira, porque já estava latentemente contida nele, também é vinculante.

Mas a teoria discursiva do costume internacional também pode oferecer uma segunda resposta à problemática dos fundamentos das regras consuetudinárias: ela é capaz de integrar as perspectivas clássicas sobre a obrigatoriedade do direito internacional costumeiro – como o voluntarismo e o jusnaturalismo, entre outras – num mesmo arcabouço teórico. É que a ótica discursiva pode ser interpretada como uma metateoria – uma teoria sobre teorias. Conforme essa interpretação, o marco teórico ora proposto é uma folha em branco: ele não enxerga as normas consuetudinárias como oriundas da vontade estatal, nem do direito natural, nem de qualquer outro fundamento, tampouco concede preferência a uma das teorias clássicas em detrimento das demais. Como metateoria, o que a visão discursiva do costume internacional postula é que a invocação de perspectivas sobre os fundamentos das regras costumeiras pelos Estados pode ajudar a reforçar uma argumentação jurídica a respeito delas. É o conteúdo do argumento adotado que determina qual teoria clássica é mais apropriada para fundamentá-lo. Assim, por exemplo, se a tese levantada por certo representante estatal se pauta na doutrina da objeção persistente, o ideal é sustentá-la com base no voluntarismo; em outro exemplo, se se cuida de proposição argumentativa defendendo um novo costume internacional em matéria de direitos humanos, é possível recorrer a premissas objetivistas ou, até mesmo, jusnaturalistas. Em suma, se os Estados tencionam robustecer o poder de convencimento de seus argumentos e manter a consistência e a coerência interna deles, não podem escolher qualquer perspectiva sobre os fundamentos do costume internacional.

5.5 Conclusões do Capítulo 5

Conclui-se, portanto, que a teoria discursiva do costume internacional articulada nesta dissertação se mostra capaz de enfrentar os três últimos dos quatro desafios identificados na doutrina tradicional sobre o direito internacional costumeiro e elencados na introdução deste capítulo: a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário; o paradoxo temporal; a incapacidade do teste ortodoxo de racionalizar como nascem novas normas costumeiras ou como se transformam as antigas, sem que sejam contestadas por sucessivas violações; e o fato de que a prática internacional não é um aspecto objetivo e sim subjetivo.

6 CONCLUSÃO

O objetivo geral da dissertação foi desenvolver uma teoria que entendesse o costume internacional como um construto discursivo, com base: a) na ótica interacional do direito internacional de Jutta Brunnée e de Stephen J. Toope; e b) nos apontamentos de estudiosos que investigam como a argumentação jurídica opera nas relações internacionais. Ao longo deste trabalho, expuseram-se os debates sobre os fundamentos do costume internacional e sobre seus elementos constitutivos. Igualmente, apresentaram-se outras perspectivas teóricas contemporâneas acerca das normas costumeiras.

No Capítulo 1, concluiu-se que, apesar dos enormes esforços de juristas do passado e do presente em cunhar uma teoria abrangente sobre o costume internacional, é inegável que todas as perspectivas clássicas sobre os fundamentos das regras consuetudinárias se mostram deficientes em alguma medida. Embora seja verdade que, atualmente, as teses jusnaturalistas se encontram desacreditadas, de sorte que prevalece, com adaptações, a ótica voluntarista, não é menos verdade que inexistem critérios objetivos que permitam determinar se qualquer das teorias sobre os fundamentos do direito internacional costumeiro é mais verdadeira do que as rivais. Quando um jurista se posiciona em favor de uma dessas perspectivas teóricas em detrimento das demais, acaba ficando vulnerável às críticas dessas últimas. É que nenhuma teoria encerra uma verdade incontestável. A preferência por qualquer delas revela uma visão de mundo e uma postura política e moral.

Não obstante, o marco teórico discursivo do costume internacional, desenvolvido nesta dissertação, permitiu observar que a escolha entre as várias teorias sobre os fundamentos das regras consuetudinárias não é de todo arbitrária. É que a ótica discursiva pode ser interpretada como uma metateoria, e, à luz dessa interpretação, ela é uma folha em branco e não concede preferência a nenhuma perspectiva clássica; vale dizer: não é voluntarista, nem jusnaturalista, nem pró-qualquer outra visão. Como metateoria, o que a abordagem desta dissertação diz é que a invocação de perspectivas sobre os fundamentos das normas costumeiras pode ajudar a reforçar uma argumentação jurídica a respeito delas. É o conteúdo do argumento adotado que determina qual teoria clássica é mais apropriada para fundamentá-lo. Assim, por exemplo, se um Estado emprega a doutrina do objeto persistente para afastar a incidência de determinada regra consuetudinária, o mais adequado é que se funde no voluntarismo; se, em outra situação, o discurso estatal busca defender que certo costume geral vincula todos os Estados a despeito de seu consentimento, o melhor é usar como justificação uma visão objetivista do direito internacional; se, alternativamente, a intenção da argumentação estatal é propugnar a criação

de uma nova norma costumeira em matéria de direitos humanos, não é impensável que a tese adote um fundamento jusnaturalista; e assim por diante.

No capítulo 2, discerniram-se os quatro problemas que foram enfrentados pela ótica discursiva do direito internacional consuetudinário: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos constitutivos do costume internacional; b) o paradoxo temporal, decorrente da visão majoritária de que o aspecto psicológico das normas costumeiras consiste na crença de que determinada regularidade comportamental é juridicamente obrigatória; c) a dificuldade de se explicar como nascem novas regras consuetudinárias ou como se modificam as já existentes; e d) o fato de que a prática internacional, contrariamente ao que postula a concepção ortodoxa, não é um requisito objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris sive necessitatis*.

Num primeiro momento, a teoria discursiva do costume internacional viu-se capaz de lidar com os três últimos desafios. Mostrou-se especialmente útil a proposta teórica de Daniel Harold Levine, com seu conceito de *rule-expression*, um ato de fala consistente na invocação de certa norma jurídica em casos concretos – por exemplo, para reprovar o comportamento de um Estado. Uma vez que as *rule-expressions* são dotadas de generalidade, os Estados acabam estendendo seu uso a situações não originalmente previstas, bem como extraem, por inferência lógica, novas *rule-expressions* de outras antigas, o que é facilitado pela desordem (*messiness*) do direito internacional. Em outras palavras, os representantes estatais, por meio de argumentação jurídica, constantemente reinterpretem o sentido e o alcance das normas internacionais, e, se essas interpretações não forem eficazmente contestadas e, ademais, forem replicadas, um novo costume internacional – que, na verdade, já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente – pode vir a consolidar-se.

Desse modo, o paradoxo temporal é evitado, porque toda nova regra consuetudinária não é exatamente nova e sim pode ser vista como uma extensão – ou, melhor dizendo, como uma interpretação extensiva – do costume internacional que já se encontrava em vigor; por conseguinte, a novel norma não emergiria do nada ou de um vácuo normativo, mas sim teria seu embrião no direito prévio. É também esse raciocínio que explica a mudança das regras consuetudinárias: quando os entes estatais, via argumentação jurídica, conseguem justificar condutas que, de outra forma, seriam compreendidas como violadoras do direito internacional costumeiro – como se deu com a intervenção antiterrorista dos EUA contra o EI na Síria –, e quando essas justificativas são não somente aceitas, mas também usadas por outros Estados para justificar sua prática internacional, a transformação do costume internacional tem início.

Nesse processo, é possível que, em seus argumentos, um representante estatal reinterprete atos passados de maneira favorável a sua tese – como fez a Bélgica junto à CIJ, ao tentar qualificar como humanitárias certas ocasiões pretéritas em que um ente estatal interveio militarmente no território de outro. Em função dessa flexibilidade interpretativa que caracteriza a prática internacional, percebe-se que essa última não consigna um elemento perfeitamente objetivo e sim minimamente subjetivo.

Num segundo momento, a perspectiva discursiva do direito internacional costumeiro revelou-se apta a resolver o problema restante: a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos constitutivos das normas consuetudinárias. Sob o prisma da teoria discursiva, é equivocado pensar que, ao formularem seus argumentos jurídicos, os representantes estatais sempre são totalmente livres para selecionar as visões doutrinárias que desejam. Quando estão engajados num litígio internacional, os Estados preocupam-se com o poder de convencimento das teses de que se valem, seja para acusar, seja para se defender. Vários fatores podem ser elencados como determinantes desse poder de convencimento argumentativo, mas, entre eles, é de se destacar o foro decisório. Assim, se a controvérsia for equacionada pela CIJ ou por outro tribunal, seja ele judicial ou arbitral, o ideal é que a argumentação estatal, se se pretende persuasiva, esteja em sintonia com a jurisprudência – ou com os laudos e com os termos do compromisso arbitral – dessas instâncias. Mesmo que, no direito internacional, os precedentes não sejam formalmente vinculantes, as cortes tendem a manter certa coerência decisória ao longo de seus julgados, como se percebe nas contínuas referências que a CIJ faz a decisões e a opiniões consultivas prévias. Por conseguinte, se o litígio estiver sob a apreciação de meios jurisdicionais, os argumentos jurídicos dos Estados devem seguir preferivelmente as posições doutrinárias acerca do duplo elemento do costume internacional que tiverem sido endossadas pelos juízes e pelos árbitros. É que, de certo modo, nessas instâncias, a parte litigante não visa a convencer o julgador de que sua tese é a mais correta, mas sim de que sua tese é a que mais está de acordo com o entendimento do próprio julgador. Em contraposição, se a controvérsia for resolvida por meios diplomáticos – como negociações diretas, mediação ou conciliação – a liberdade de argumentação dos entes estatais aumenta, até porque, nessas vias, a solução não precisa basear-se no direito, contanto que não contrarie; nessas situações, a racionalidade discursiva tende a combinar-se com a racionalidade estratégica.

Por fim, repita-se que a teoria discursiva desenvolvida nesta dissertação não tencionou posar de preferencial ou de superior às demais óticas, como o racionalismo de Goldsmith e de Posner, de Guzman e de Byers, ou a abordagem crítica de Koskenniemi. Cada perspectiva

teórica deve ser encarada como uma lente que projeta um olhar distinto sobre a realidade, iluminando alguns aspectos e deixando outros na sombra. Assim, se tomada solitariamente, toda visão é parcial e incompleta, mas tem sua respectiva aplicabilidade. Um estudo pleno do costume internacional demanda a combinação de diversos marcos teóricos. A ótica discursiva mostrou-se capaz de explicar *como* o direito internacional consuetudinário muda ao longo do tempo, mas vale lembrar que as teorias racionalistas são melhores em identificar as causas – os porquês – dessa mudança.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W. Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 14, n. 2, p. 335-411, 1989.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ADLER, Emanuel. **Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations**. New York: Routledge, 2005.
- AGO, Roberto. Science juridique et droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 90, p. 851-958, 1956.
- ALKOBY, Asher. Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference. **Journal of International Law and International Relations**, Toronto, v. 4, n. 1, p. 151-198, 2008.
- ARAÚJO, Marcelo. Grotius, Descartes e o problema do ceticismo no século XVII: as origens filosóficas do debate jusnaturalismo vs. positivismo legal. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v. 38, n. 120, p. 5-26, 2011.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Weidenfeld & Nicolson Ltd, 1954 (1832).
- BASDEVANT, Jules. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 58, p. 471-692, 1936-IV.
- BEDERMAN, David J. **Custom as a Source of Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.
- BELLAMY, Alex J. **Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities**. Cambridge: Polity, 2009.
- _____. The Responsibility to Protect – Five Years On. **Ethics & International Affairs**, New York, v. 24, n. 2, p. 143-169, 2010.
- BISHOP, William W. General Course of Public International Law. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 115, p. 147-470, 1965-II.
- BLUTMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 25, n. 2, p. 529-552, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BOURQUIN, Maurice. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 35, p. 1-232, 1931-I.

BRIERLY, J. L. Le fondement du caractère obligatoire du droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 23, p. 463-552, 1928-III.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Constructivism and International Law. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A (Ed.). **Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations: The State of the Art**. New York: Cambridge University Press, 2013.

_____. **Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account**. New York: Cambridge University Press, 2010.

BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study or Order in World Politics**. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002.

BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BYERS, Michael; CHESTERMAN, Simon. Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflections on International Law-Making: Customary International Law and the Reconstruction of *Jus Gentium*. In: _____. **O direito internacional em um mundo em transformação**: ensaios, 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment. In: _____. **O direito internacional em um mundo em transformação**: ensaios, 1976-2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAPOTORTI, Francesco. Cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 248, p. 9-344, 1994-IV.

CARR, Edward H. **Vinte anos de crise: 1919-1939**. Uma introdução ao estudo das relações internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001.

CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. Droit international et souveraineté des États: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 257, p. 35-222, 1996.

CAVAGLIERI, Arrigo. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 26, p. 311-586, 1929-I.

CHARNEY, Jonathan I. Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 271, p. 101-382, 1998.

_____. The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law. **British Yearbook of International Law**, Oxford, v. 56, p. 1-24, 1986.

CHAYES, Abram; CHAYES, and Antonia H. **The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? **The Indian Journal of International Law**, New Delhi, v. 5, p. 23-112, 1965.

CHINEN, Mark A. Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor (Michigan), v. 23, p. 143-189, 2001.

CRAWFORD, James. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. 2012. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

D'AMATO, Anthony. Legal Realism Explains Nothing. **Faculty Working Papers**, Northwestern University School of Law, Paper n. 84, p. 1-15, 2010.

_____. **The Concept of Custom in International Law**. New York: Cornell University Press, 1971.

DE VISSCHER, Charles. Contribution à l'étude des sources du droit international. **Revue de Droit International et de Législation Comparé**, La Haye/Paris, n. 1, p. 395-420, 1933.

DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue. In: _____. **Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations: The State of the Art**. New York: Cambridge University Press, 2013.

DUPUIS, Charles. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 30, p. 1-290, 1930-II.

DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 297, p. 9-496, 2000.

FARER, Tom J. Humanitarian Intervention Before and After 9/11: Legality and Legitimacy. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003.

FERRARI BRAVO, Luigi. Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 192, p. 233-330, 1985.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 63 (2D Series), p. 1-98, Nov. 1998.

_____. Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville (Virginia), v. 40, p. 639-672, 2000.

GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor (Michigan), v. 27, p. 115-176, Fall 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 11, p. 1-64, 1926-I.

HENKIN, Louis. **How Nations Behave**. New York: Columbia University Press, 1979.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Heloisa da Graça Burati. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

HOLZGREFE, J. L. The Humanitarian Intervention Debate. In: HOLZGREFE, J. L.; KEOHANE, Robert O. (Ed.). **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**. New York: Cambridge University Press, 2003.

HOOFF, G. J. H. van. **Rethinking the Sources of International Law**. Deventer (The Netherlands): Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.

HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. **International Journal**, Evanston (Illinois), v. 66, n. 3, p. 581-596, Summer 2011.

ICISS. **The Responsibility to Protect: Report of the ICISS**. Ottawa: International Development Research Centre, 2001.

ICISS. **The Responsibility to Protect: Research, Bibliography, Background**. Supplementary volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, 2001.

ICJ. **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)**, Judgment of 19 December 2005.

ICJ. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002.

ICJ. Asylum (Colombia/Peru), Judgment of 20 November 1950.

ICJ. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970.

ICJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985.

ICJ. Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982.

ICJ. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment of 12 October 1984.

ICJ. Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951.

ICJ. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, Separate Opinion of Judge de Castro.

ICJ. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 2 February 1973.

ICJ. Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986.

ICJ. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992.

ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.

ICJ. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.

ICJ. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Application instituting proceedings, 29 April 1999.

ICJ. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Judgment of 15 December 2004.

ICJ. Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Oral Proceedings, CR 1999/15, 10 May 1999.

ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, Merits.

ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 26 November 1984, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application.

ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969.

ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun.

ICJ. **Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)**, Judgment of 6 April 1955.

ICJ. **Nuclear Tests (New Zealand v. France)**, Judgment of 20 December 1974.

ICJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion of 28 May 1951.

ICJ. **Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)**, Judgment of 12 April 1960.

ICJ. **Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)**, Judgment of 27 August 1952.

ICJ. **South West Africa (Ethiopia v. South Africa)**, Judgment of 18 July 1966, Second Phase, Dissenting Opinion of Judge Tanaka.

ICTY. **Prosecutor v. Tadić**, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, 2 October 1995.

ILC. Chapter V – Identification of customary international law. **International Law Commission**, Report on the work of its sixty-eighth session, 2 May–10 June and 4 July–12 August 2016. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

JOHNSTONE, Ian. Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 14, n. 3, p. 437-480, 2003.

KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 3, p. 523-553, 2004.

KELLY, Patrick. The Twilight of Customary International Law. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville (Virginia), v. 40, n. 2, p. 449-544, 2000.

KELSEN, Hans. **Principios de derecho internacional público**. Trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.

_____. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Théorie général du droit international coutumier. **Revue Internationale de la Théorie du Droit**, Brno (République tchèque), v. 1, n. 1, p. 253 *et seq.*, 1939.

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in World Political Economy**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. New York: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law. **Constellations**, New York, v. 15, n. 2, p. 189-207, 2008.

_____. The Politics of International Law – 20 Years Later. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

KRABBE, Hugo. L'idée moderne de l'État. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 13, p. 509-584, 1926-III.

KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regime Consequences: A State of the Art on an Art of the State. **International Organization**, Cambridge, v. 40, n. 4, p. 753-775, 1982.

KRATOCHWIL, Friedrich. **Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LAUTERPACHT, H. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 37, p. 95-422, 1937-IV.

LE FUR, Louis. La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 18, p. 259-442, 1927-III.

_____. Règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 54, p. 1-308, 1935-IV.

LEVINE, Daniel Harold. **The Chronological Paradox in Customary International Law (Or, the Virtue of Sloppy Timing in a Messy World)**. Dissertation submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Washington D.C., March 4, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional, Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 64, p. 629-648, 1955.

MELLO, Celso A. **Curso de direito internacional público**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MENDELSON, Maurice H. The Formation of Customary International Law. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 272, p. 155-410, 1998.

MORAVCSIK, Andrew. Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics. **International Organization**, Cambridge, v. 51, n. 4, p. 513-553, 1997.

MORGENTHAU, Hans Joachim. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

MYERSON, Roger B. **Game Theory: Analysis of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel P. The Customary Law Supergame: Order and Law. **Working Paper**, Tufts University (Medford/Somerville, Massachusetts), p. 1-46, Feb. 2004.

OCHOA, Christiana. The Individual and Customary International Law Formation. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville (Virginia), v. 48, p. 119-186, 2007.

ONUF, Nicholas Greenwood. **World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations**. Columbia: University of South Carolina Press, 1989.

PCIJ. **Free City of Danzig and ILO**, Advisory Opinion of 26 August 1930.

PCIJ. **Jurisdiction of the European Commission of the Danube**, Advisory Opinion of 8 December 1927.

PCIJ. **S.S. "Wimbledon"**, Judgment of 17 August 1923.

PCIJ. **The Case of the S.S. "Lotus"**, Judgment of 7 September 1927.

PELLET, Alain. Lotus que de sottises on profère en ton nom! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour Mondiale. In: _____. **L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui**, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet. Paris: Pedone, 2008.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume internacional: gênese do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERREAU-SAUSSINE, Amanda. Three Ways of Writing a Treatise on Public International Law: Textbooks and the Nature of Customary International Law. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard. **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2007.

POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. **Duke Law Journal**, Durham (North Carolina), v. 62, p. 707-738, 2012.

- REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- REISMAN, Michael W.; WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. The New Haven School: A Brief Introduction. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 32, p. 575-582, 2007.
- REISMAN, W. Michael. Criteria for the lawful use of force in international Law. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 10, pp. 279-285, 1985.
- REUS-SMIT, Christian. The Politics of International Law. In: _____. **The Politics of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press 2004.
- REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROBERTS, J. M. **The Penguin History of the Twentieth Century: The History of the World, 1901 to the Present**. London: Penguin Books, 2000.
- SALVIOLI, Gabrielle. La règle de droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 73, p. 369-406, 1948-II.
- SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cleveland (Ohio), v. 48, p. 1-54, 2016.
- SIMMA, Bruno. NATO, the UN and the use of force: legal aspects. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 10, pp. 1-22, 1999.
- SLAUGHTER BURLEY, Anne-Marie. International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda. **The American Journal of International Law**, Washington D.C., v. 87, n. 2, p. 205-239, 1993.
- SØRENSEN, Max. Principes de droit international public: cours général. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 101, p. 1-254, 1960-III.
- STRUPP, Karl. Les règles générales du droit de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 47, p. 257-596, 1934-I.
- TASIOULAS, John. Customary International Law and the Quest for Global Justice. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard. **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2007.
- TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States Without or Against Their Will. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 241, p. 195-374, 1993.
- TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 1, p. 73-122, 1923.

TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant**. New York: Oxford University Press, 1999.

TUNKIN, Grigory I. Coexistence and International Law. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 95, p. 1-82, 1958-III.

UN. 2005 World Summit Outcome. **General Assembly**, A/RES/60/1, 24 October 2005, p. 30. Disponível em: <<http://www.un.org/summit2005/documents.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. **General Assembly**, A/RES/2625 (XXV), 24 October 1970. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations. **General Assembly**, A/RES/42/22 (LXXIII), 18 November 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/a42r022.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty. **General Assembly**, A/RES/2131 (XX), 21 December 1965. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a20r2131.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. Definition of Aggression. **General Assembly**, A/RES/3314 (XXIX), 14 December 1974. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. **Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General**, A/66/551-S/2011/701, 11 November 2011. Disponível em: <<http://www.un.int/brazil/speech/Concept-Paper-%20RwP.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. **Security Council, S/RES/1199, 23 September 1998**. Disponível em: <<http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1199.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. **Security Council, S/RES/1373, 28 September 2001**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. **Security Council, S/RES/1386, 20 December 2001**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/708/55/PDF/N0170855.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. The General Assembly admitted the Federal Republic of Yugoslavia as a member of the UN. **General Assembly**, A/RES/55/12 (LVI), 1 November 2000. Disponível em:

<<http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/UNMembers%20ARES552.php>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UN. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016.

UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016.

UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016.

US. **Restatement of the Law (Third)**: The Foreign Relations Law of the United States. 1987.

US. The Paquete Habana. **U.S. Supreme Court**. Decided January 8, 1900.

VAGTS, Detlev F. International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence. **The European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 5, p. 1031-1040, 2004.

VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 16, p. 247-324, 1927-I.

_____. Règles générales du droit international de la paix. **Recueil des cours**, Académie de droit international de La Haye, v. 30, p. 271-518, 1929-V.

VILLAGER, Mark E. **Customary International Law and Treaties**: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

WALTZ, Kenneth N. **Theory of International Politics**. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1983.

WALZER, Michael. **Just and Unjust Wars**: A Moral Argument with Historical Illustrations. 3rd ed. New York: Basic Books, 2000.

WENDT, Alexander. The Agent-Structure Problem in International Relations Theory. **International Organization**, Cambridge, v. 41, n. 3, p. 355-370, 1987.