

CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL

CONTRIBUTION TO A DISCURSIVE THEORY OF INTERNATIONAL CUSTOMS

69

Rodrigo Cerveira Cittadino*

Resumo: Este artigo propõe-se a desenvolver uma perspectiva teórica que compreenda o direito internacional costumeiro (DIC) como um construto discursivo, buscando inspiração em reflexões da Linguística. 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 DIC 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 reinterpretam 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. Teoria da linguagem. Argumentação jurídica.

Abstract: This article aims to develop a theoretical perspective that understands customary international law (CIL) as a discourse construct, seeking inspiration in Linguistics insights. 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, it is argued that through legal reason-

* Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ing 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.

70

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

1 INTRODUÇÃO

Desde cerca de cinco décadas, os jusinternacionalistas têm dedicado um esforço considerável a explicar a formação e o funcionamento do direito internacional costumeiro (DIC)¹, particularmente a partir da decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*², ocasião em que se enunciaram diversos critérios para orientar a investigação quanto à existência de um costume internacional. Não obstante, e embora o DIC 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 DIC, que variam desde as que o qualificam como incoerente até as que o consideram irrelevante ou uma ficção³. 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 Estados⁴; de coerência, porque inexistem formas incontroversas para a identificação do DIC⁵; e de

¹ BLUTMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 529, 2014.

² ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969.

³ GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 116-117, Fall 2005. V. também: GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. Chicago, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 63 (2D Series), p. 1-98, November 1998.

⁴ KELLY, Patrick. The Twilight of Customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, n. 2, p. 465, 2000.

⁵ *Ibid.*, p. 454.

determinação, de modo que, como resultado, o costume internacional é “a useless, incoherent source of law that is of little guidance in determining norms”⁶. 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, but one determines CIL by looking at states’ actions”⁷.

Em meio a tantas incertezas, por um lado, pode causar certo espanto a um jurista desavisado que o DIC se mantenha como fonte formal do DIP, porque, afinal, se presume que a virtude de uma norma jurídica reside em sua assertividade e em sua previsibilidade – numa palavra, em sua objetividade –, e todas essas características parecem estar ausentes no costume internacional, quando são levadas em conta as discussões labirínticas travadas a seu respeito⁸; e, por outro lado, independentemente das muitas controvérsias que rodeiam o DIC, é inegável que, na ordem jurídica internacional contemporânea, as normas costumeiras continuam figurando como as mais importantes, juntamente com as previstas em tratados. Para que se chegue a essa última conclusão, basta lembrar que, a despeito dos esforços codificadores empreendidos pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDINU), três áreas vastíssimas e de relevância ímpar no âmbito do DIP permanecem, formalmente, reguladas pelo costume internacional, quais sejam, os regimes de responsabilidade internacional⁹, de imunidade de jurisdição¹⁰ e de sucessão de Estados – nesse terceiro

⁶ Ibid., p. 500.

⁷ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. Op. cit. p. 97.

⁸ MENDELSON, Maurice. The Formation of Customary International Law. *Recueil des cours*, vol. 272 (1998), p. 172.

⁹ Em 2001, a 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).

¹⁰ No plano europeu, vigora a Convenção Europeia sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados (Convenção da Basileia, de 1972). Em contrapartida, nessa matéria, inexistem 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: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016).

caso, ao menos no que concerne a bens, a arquivos e a débitos públicos¹¹. Em paralelo, aduz-se que, ao examinar sua jurisdição no caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, em 1984, a CIJ estabeleceu que a superveniência de um tratado não faz desaparecer o DIC que o antecede: na verdade, o costume coexiste, com vida e com conteúdo próprios, com a respectiva convenção¹².

A importância do DIC na contemporaneidade é um dos mínimos quase consensuais¹³ compartilhados pelos jusinternacionalistas. Outro desses mínimos quase consensuais refere-se à teoria dos elementos constitutivos do costume internacional. Conforme o art. 38 do Estatuto da CIJ¹⁴, a jurisprudência internacional¹⁵ e a doutrina majoritária¹⁶, o DIC consolida-se após o preenchimento dos seguintes requisitos: a constatação de que uma prática reiterada (*i.e.*, um comportamento regular) existe

¹¹ 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&mtsg_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&mtsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en>. Acesso em: 13 out. 2016).

¹² “The fact that the above mentioned 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. Therefore, since the claim before the Court in this case is not confined to violation of the multilateral conventional provisions invoked, it would not in any event be barred by the multilateral treaty reservation in the United States 1946 Declaration.” (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 26 November 1984, § 73. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

¹³ Quase consensuais, frise-se, porque determinados autores negam que as normas costumeiras tenham qualquer impacto sobre o comportamento dos Estados. Nesse sentido, *v.*, por exemplo: GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *Op. cit.*

¹⁴ “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, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional, Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

¹⁵ “La jurisprudence internationale paraît bien, *a priori*, conforter cette théorie des deux éléments...” (DUPUY, Pierre-Marie. L’unité de l’ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, vol. 297 (2000), p. 164)

¹⁶ Outrora disputada, hoje, essa teoria representa a posição ortodoxa na seara do DIC (KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 532, 2004).

entre os Estados¹⁷, e o fato de que essa conduta é tida como juridicamente obrigatória – vale dizer, o fato de que ela desfruta de *opinio juris sive necessitatis*. Essa concepção dual – que, neste trabalho, para fins de sinonímia, também será designada como teste ortodoxo –, fundada na combinação de um elemento (supostamente) objetivo (ou material) com outro elemento subjetivo (ou psicológico), foi aprofundada pela CIJ no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*¹⁸ (como já apontado), tem servido de orientação para a CDINU em seus trabalhos de codificação intitulados *Formação e evidência do direito internacional costumeiro*¹⁹ e tem sido reproduzida pelos manuais de DIP como suficiente para explicar os processos de gênese e de transformação do DIC. Com efeito, consoante Daniel Harold Levine, o teste ortodoxo parece extremamente adequado até mesmo a um olhar guiado pelo senso comum, pois ele captura a essência do que, para a intuição de qualquer pessoa, caracteriza um costume²⁰.

2 OS PROBLEMAS DO TESTE ORTODOXO

Sem embargo, embora o teste ortodoxo ofereça uma técnica claramente útil para a identificação do DIC por Estados, por árbitros e por juízes internacionais, ele não deve ser entendido como uma explicação satisfatória para o surgimento e para a mutação do costume internacional, do ponto de vista da Teoria do Direito Internacional. Quatro são os problemas que essa perspectiva do duplo elemento enseja.

Em primeiro lugar, apesar de verificar-se, entre os jusinternacionalistas, um alto grau de concordância quanto à validade do teste ortodoxo, isso não significa que ele está isento de divergências. Explique-se: conquanto praticamente todos os que estudam ou que invocam normas costumeiras apliquem a tese dual, é bem possível

¹⁷ Não se pretende abordar, neste trabalho, o debate acerca das contribuições de outros sujeitos de DIP (ou, numa perspectiva mais ampla, de outros atores internacionais) para o desenvolvimento de uma prática reiterada no plano internacional. Para algumas considerações a respeito, v.: MENDELSON, Maurice. Op. cit. p. 198-203.

¹⁸ ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969.

¹⁹ UN. Identification of customary international law: text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee. **International Law Commission**, 14 July 2015. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/Arrest%20Warrant%20of%2011%20April%202000L.869>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²⁰ 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. 194.

que, ao fim e ao cabo, cada um a interprete e a utilize de maneiras bem diferentes, ressaltando-se que, provavelmente, cada um defenderá como correta a própria interpretação particular²¹.

Para ilustrar o nível de dissenso existente, cabe tecer um breve panorama das tensões que os dois elementos do DIC têm suscitado. 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 objetivo²².

Paralelamente, notam-se incontáveis contendas doutrinárias de natureza mais concreta. Por exemplo, há quem critique como artificial e arbitrária a divisão por vezes realizada entre atos constitutivos do costume, de um lado, e fatos declaratórios (ou seja, fatos que estritamente evidenciam esses atos constitutivos), de outro²³. 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 proibida²⁴. Nesse ponto, o debate muda seu foco para a questão da generalidade, da duração e da consistência da prática; pergunta-se: 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*

²¹ Ibid., p. 189.

²² BLUTMAN, László. Op. cit. p. 530-531. O grande problema dessa última abordagem reside no delineamento das fronteiras entre ambos os elementos constitutivos do costume internacional. Afinal, há juristas que entendem que a prática internacional – que denota a materialidade do DIC 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 determinada conduta, ou outro fenômeno psíquico similar. 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 de uma clássica discussão entre Anthony D'Amato, exclusivista, e Michael Akehurst, inclusivista (KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 525-526).

²³ ZEMANEK, Karl, *apud* ibid., p. 526.

²⁴ Ibid., p. 528.

Mar do Norte, tenha estabelecido critérios acerca desses tópicos que agradaram a boa parte da doutrina²⁵, obviamente inexistente unanimidade, como se depreende da tese de Bin Cheng, a respeito do costume instantâneo no direito espacial²⁶.

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 Estados²⁷. No que tange ao DIC, 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 objeções²⁸. “[How] to connect this ‘inert mass’ of non-participating states to the creation of customary law?”²⁹ Ora, uma solução justa é compreender que o consentimento deve ser inferido tão somente daqueles Estados afetados pelo novo costume internacional e que estivessem cientes de sua consolidação, ou que deveriam estar cientes³⁰.

Não obstante essa posição que equipara o elemento subjetivo ao consentimento estatal, a perspectiva mais conhecida é a que o define como sendo a *opinio juris sive necessitatis*, noção pormenorizada pela CIJ novamente no caso *plataforma continental do Mar do Norte*³¹ e cunhada por François Gény em sua obra *Méthode d'in-*

²⁵ “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 especially affected, it should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked...” (ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, § 74. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

²⁶ CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? In: CHENG, Bin. **Studies in International Space Law**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

²⁷ DANILENKO, Gennady M. The Theory of International Customary Law. **German Yearbook of International Law**, v. 21, p. 9-47, 1988.

²⁸ KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 533.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Loc. cit.

³¹ “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 of law 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 acts is not in itself enough.” (ICJ.

terprétation et sources en droit privé positif (1899). Cuida-se da ideia de que os Estados aderem a determinada regularidade de comportamento não por cortesia, por um senso de moralidade, por medo de retribuição, por conveniência política ou por qualquer outra razão extralegal: a adesão há de ocorrer, isto sim, porque se crê que a prática seguida é requerida pelo DIP. Essa concepção original, entretanto, o segundo problema do teste ortodoxo: um paradoxo temporal referente ao momento em que uma regularidade de comportamento passa a revestir-se do *status* de DIC. É que, 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* 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 obrigatória³².

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 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.³³

Em contrapartida, se for rejeitado esse raciocínio de que crenças errôneas estão por detrás da gênese do DIC, um terceiro problema apresenta-se. É que, como remarca Daniel Harold Levine, uma crença – na correta acepção do termo – é um estado mental sempre realista e jamais idealista, porque se dirige a algo que já existe

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, § 77. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

³² “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...’” (BENSON, *apud* KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 534) 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 (LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 29).

³³ *Ibid.*, p. 28-30.

no mundo e não a algo que virá a existir³⁴. 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 DIP exige a conduta por ele prescrita, todo costume, invariavelmente, já teria de fazer parte do DIP preexistente – e, em consequência, nenhum costume efetivamente novo poderia surgir. Em outras palavras, o teste ortodoxo tem dificuldade em explicar o nascimento de uma nova regra de DIC; por extensão, também não consegue esclarecer como o costume internacional se transforma ao longo do tempo. Como apontado acima, a tese do duplo elemento pode consistir numa boa técnica para orientar os operadores do direito na identificação de normas costumeiras já existentes, mas não é uma teoria apta a descrever satisfatoriamente os complexos processos de interação social por detrás da gestação e da mudança do DIC.

Por fim, o quarto problema da concepção dual é que ela se escora numa dicotomia falaciosa entre elemento objetivo e elemento subjetivo. É que a prática internacional, usualmente tida como um reflexo da materialidade do DIC, 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.³⁵

³⁴ Ibid., p. 87. László Blutman 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”) (BLUTMAN, László. Op. cit. p. 538-543).

³⁵ BLUTMAN, László. Op. cit. p. 543.

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 exame³⁶. 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.

Ora, uma vez que não só a *opinio juris*, mas também a prática internacional encerram elementos subjetivos, é possível defender que o DIC é um fenômeno intersubjetivo. Isso não implica propor que ele não faz parte do mundo material ou 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 do DIP quanto pelos estudiosos e pelos operadores desse ramo jurídico) acerca de seu conteúdo e dos critérios e dos raciocínios adotados em sua gênese³⁷.

A pretensão deste trabalho é propor uma teoria que explique a gênese e a transformação do DIC como processos intersubjetivos. A abordagem a ser desenvol-

³⁶ Ibid., p. 544.

³⁷ Ibid., p. 551.

vida pautar-se-á em perspectivas da Linguística e adotará conceitos como ato de fala, discurso e argumentação. Compreende-se que esse marco teórico será capaz de solucionar os quatro problemas supramencionados: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do costume internacional; b) o paradoxo temporal; c) a incapacidade do teste ortodoxo de esclarecer como surgem novas normas costumeiras ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do DIC – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*. Ao mesmo tempo, 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.

Para que sejam delineadas as premissas de um marco teórico discursivo do costume internacional, a exposição será organizada em três estágios: no primeiro, defender-se-á que todo o DIP – e não apenas o DIC – pode ser entendido como construído a partir de argumentos jurídicos; no segundo, preconizar-se-á que o processo costumeiro consiste numa sequência contínua de alegações e de respostas; e, por fim, no terceiro, propugnar-se-á que todo argumento sobre o DIC não somente descreve uma norma costumeira, mas também a constitui e contribui para sua reprodução ou para sua transformação. Em seguida, a teoria será aplicada a um caso concreto.

3 TEORIAS DISCURSIVAS

3.1 Direito internacional e argumentação

Como assinala 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 habilidade³⁸. Não é diferente no âmbito do DIP. Com efeito, jusinternacionalistas como Ian Hurd, que analisam as interações entre Direito Internacional e argumentação, sustentam que a diplomacia é uma ação social que

³⁸ 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.

traduz a política externa de um Estado para a linguagem jurídica³⁹, de maneira que as normas internacionais não emergiriam de procedimentos formais e sim do embate entre posições argumentativas⁴⁰.

Para esse acadêmico, o DIP 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. Para Ian Hurd, as normas são tidas como “performaticamente suficientes” (na expressão de Nicholas Onuf), vale dizer, sua eficácia não depende da resposta da audiência⁴¹.

À medida que os Estados usam o DIP para racionalizar seu comportamento, 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 estatais⁴². Os Estados relacionam-se dentro de um ambiente em que a observância do Direito Internacional é bem-vista. Em consequência, a diplomacia visa a apresentar os interesses estatais como consistentes com as normas internacionais. A diplomacia gera um fluxo constante de argumentos relativos ao cumprimento do DIP. As referências que as autoridades estatais fazem às normas internacionais não raro mascaram violações, constroem um novo direito ou, ainda, produzem esses dois resultados simultaneamente⁴³. Nesse ponto, porém, reside uma das primeiras insuficiências da tese de Ian Hurd: é que, embora o autor enuncie uma série de *insights* provocativos que, efetivamente, suscitem reflexões, ele não se aprofunda em muitos dos problemas que menciona. Ao sugerir que a argumentação jurídica pode tanto justificar uma violação do DIP quanto avançar novas interpretações das normas internacionais em vigor, mas sem estabelecer critérios para distinguir quando, de um lado, os Estados condenam determinados argumentos e,

³⁹ HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. Northwestern University – Department of Political Science, **International Journal**, p. 589, August 28, 2011.

⁴⁰ Ibid., p. 590.

⁴¹ Ibid., p. 582-584.

⁴² Ibid., p. 587.

⁴³ Ibid., p. 589-590.

de outro, acatam argumentos diversos como admissíveis, a aplicabilidade da teoria de Ian Hurd fica comprometida. Esse será um dos aspectos que será elaborado de maneira satisfatória por outro arcabouço teórico, a ser exposto mais abaixo.

O acadêmico salienta 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 DIP, e é raro quando uma controvérsia internacional é resolvida pela determinação do único e verdadeiro sentido do direito⁴⁴. 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 DIP, 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 jurídicos⁴⁵.

Para Ian Hurd, a situação é só ligeiramente diferente quando existe uma instituição habilitada a decidir em definitivo questões acerca do cumprimento do DIP. Eis os casos 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 formas⁴⁶.

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

⁴⁴ 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).

⁴⁵ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 111-112.

⁴⁶ HURD, Ian. Op. cit. p. 594.

solução completa e definitiva⁴⁷. A complicação da abordagem de Ian Hurd não está na concepção de que, no DIP, 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 admissível⁴⁸.

3.2 Costume internacional e argumentação

Não surpreende que a literatura tenha atentado para as relações entre, de um lado, o Direito em geral e o DIP em particular e, de outro, a argumentação jurídica. Similarmente, o DIC 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 costumeiro representaria uma sequência contínua de alegações e de respostas⁴⁹. Em seu curso da Haia, M. 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 costumeira ou a modificação de outra já existente; b) aderem às propostas normativas de outros Estados, com o que impulsionam a transformação do DIC; ou c) repudiam aquelas tentativas revisionistas, com o que contribuem para reafirmar um costume internacional já em vigor⁵⁰.

⁴⁷ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 154.

⁴⁸ Ibid., p. 66 e 172.

⁴⁹ MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. *Yale Law Journal*, v. 64, p. 648, 1955.

⁵⁰ MENDELSON, Maurice. Op. cit. p. 189-190.

Anthony D'Amato, outro jusinternacionalista de renome, conquanto seja um crítico ferrenho do realismo jurídico norte-americano⁵¹ – escola de pensamento que encontra em McDougal um de seus representantes –, concorda com esse último jurista sobre a importância da argumentação para o DIC. Para D'Amato, o objetivo primário do requisito da *opinio juris* é permitir a diferenciação dos atos estatais 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 de uma série de palavras vazias, não sendo possível distinguir um costume em efetiva formação da simples aspiração acerca da formação desse costume⁵².

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 autorizado⁵³. D'Amato ilustra sua teoria da articulação ao discutir como o DIP trata o turismo comparativamente com a exploração espacial: há muita prática pertinente ao turismo ao redor do mundo, porém, na forma atual, ela não vai gerar nenhum costume internacional favorável à livre entrada de turistas, porque nenhum Estado chegou a articular um princípio jurídico nesse sentido; em contraposição, tão logo os gover-

⁵¹ 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 (D'AMATO, Anthony. *Legal Realism Explains Nothing*. Northwestern University School of Law, **Faculty Working Papers**, 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 DIC, 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).

⁵² D'AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. New York: Cornell University Press, 1971. p. 49.

⁵³ *Ibid.*, p. 75.

nos começaram a explorar o espaço sideral, o DIP 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 AGNU⁵⁴.

Uma das principais dificuldades da abordagem de D'Amato relaciona-se à quantidade de prática necessária para que se consolide uma norma de DIC. O autor inicia sua abordagem dessa questão observando que os Estados, comumente, 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 tese⁵⁵. 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 DIC 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 seja enfaticamente endossada no discurso, mas bastante descumprida na prática, não teria gestaria um costume internacional⁵⁶. “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...”⁵⁷

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 feição discursiva, no modelo de D'Amato, ela é neutra e não apresenta nenhum 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

⁵⁴ Ibid., p. 77-78.

⁵⁵ Ibid., p. 91-93.

⁵⁶ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 93-97.

⁵⁷ Ibid., p. 93.

detrás dela⁵⁸. 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 de DIC, não exatamente para sua mudança⁵⁹. Afinal, se, em determinada área do DIP, 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.

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.⁶⁰

Conforme esse autor, a *opinio juris*, um dos elementos tradicionais do DIC, 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 DIP 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 de DIC pode, em última

⁵⁸ Ibid., p. 99-100.

⁵⁹ Ibid., p. 100-101.

⁶⁰ POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. *Duke Law Journal*, v. 62, p. 738, 2012.

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 do próximo tópico.

3.3 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 DIC, 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 consistiriam, eles mesmos, em ações concretas: são os chamados atos de fala com força ilocucionária; as promessas são o exemplo clássico desses usos da linguagem⁶¹.

Na concepção original, proposta por Austin, um ato de fala somente deteria 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 performático⁶².

⁶¹ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 115-116.

⁶² Ibid., p. 118-127.

Entre os diversos usos da linguagem dotados de força ilocucionária, destacam-se os que exemplificam a aplicação de uma norma jurídica (*rule-expressions*); *e.g.*, no DIP, a condenação que um Estado endereça a outro quando esse último intervém militarmente 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 são tidos como ilegais⁶³.

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 uso 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-expression* tem alcance particular: quando uma norma é invocada, isso autoriza que ela seja empregada para contestar um ato contrário a ela; *e.g.*, 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 específico⁶⁴.

Rule-expressions tendem a ser utilizadas apenas 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 opõe-lhe uma resposta – sendo que, nessa última hipótese, a disputa prossegue.

⁶³ Ibid., p. 129-130.

⁶⁴ Ibid., p. 145-146.

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 contou com bons argumentos –, torna-se possível reinvocá-la em outras circunstâncias e fazer referências a ela⁶⁵.

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.⁶⁶

Não obstante, como já se ressaltou acima, no DIP, 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?)⁶⁷. É que, lembre-se, um dos produtos das *rule-expressions* tem alcance universal: elas autorizam outros Estados a invocá-las em casos futuros, pelo que não é fácil prever todas as implicações de sua aceitação. Devido a sua generalidade, uma mesma *rule-expression* pode ser usada em diferentes situações; complementarmente, devido à desordem (*messiness*) do DIP, os Estados não necessariamente convergirão para uma única maneira de usá-la⁶⁸. 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 outro⁶⁹.

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-*

⁶⁵ Ibid., p. 156-160.

⁶⁶ Ibid., p. 173.

⁶⁷ Ibid., p. 162-163.

⁶⁸ Ibid., p. 169-170.

⁶⁹ Ibid., p. 174.

expression acabe sendo extraída daquela primeira, via inferência lógica⁷⁰. 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 de DIC 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.

A teoria proposta por Daniel Harold Levine consegue superar o paradoxo temporal gerado pelo teste ortodoxo do DIC. 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 costumeira e o direito preexistente: “understood as a body of language used strategically, we have seen how old citations can be used in new ways”⁷¹. Por sua vez, o requisito da prática internacional indica como uma *rule-expression* tem sido invocada para resolver disputas particulares 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*⁷².

Daniel Harold Levine aplicou a perspectiva teórica por ele desenvolvida aos argumentos aventados pela Bélgica ao defender-se das acusações da Sérvia (à época, Sérvia e Montenegro) no caso *Legalidade do uso da força*, analisado pela CIJ em

⁷⁰ “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)

⁷¹ Ibid., p. 192 e 195.

⁷² Loc. cit.

1999⁷³. O Estado sérvio alegava que o Estado belga, ao participar da operação militar liderada pela Organização do Tratado do Atlântico Norte durante a crise humanitária no Kosovo naquele mesmo ano, teria violado, *inter alia*, a proibição do uso da força no plano internacional e o princípio da não intervenção em assuntos internos. A Bélgica respondeu com a afirmação de que existiria um costume internacional permitindo uma intervenção para fins humanitários. Embora a empreitada belga tenha malogrado, o arcabouço teórico de Daniel Harold Levine possibilitou a identificação das estratégias argumentativas utilizadas para que se advogasse a mudança da norma costumeira relativa à vedação ao uso da força nas relações internacionais, devido ao surgimento da exceção humanitária⁷⁴.

No tópico subsequente, tentar-se-á aplicar a teoria de Daniel Harold Levine a outro caso concreto, qual seja, o uso da força pelos EUA contra o Estado Islâmico na Síria.

4 ESTUDO DE CASO: O USO DA FORÇA PELOS EUA CONTRA O ESTADO ISLÂMICO NA SÍRIA

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 Conselho de Segurança das Nações Unidas (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 2249, 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 Síria⁷⁵.

Sem embargo, enquanto a resolução não veio a lume, os ataques aéreos dos EUA persistiram. Nesse ínterim, os consultores jurídicos estadunidenses valeram-se

⁷³ ICJ. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Application instituting proceedings, 29 April 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7155.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁷⁴ LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. 193-273.

⁷⁵ SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 48, p. 2-4, 9 e 10, 2016.

de diversos argumentos para justificar o uso da força contra o EI em território sírio⁷⁶. 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 Iraque⁷⁷. 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 Setembro⁷⁸.

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 estatal. No caso *Nicarágua*, a CIJ não encontrou evidência bastante para entender que os *Contras* – os paramilitares atuantes em território nicaraguense – eram controlados pelos EUA⁷⁹. 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 Afeganistão⁸⁰.

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 preexistentes, mediante inferências lógicas. Três são os fundamentos propalados por Washington: a) um convencional; b) um jurisprudencial; e c) um consisten-

⁷⁶ Ibid., p. 41-50.

⁷⁷ Ibid., p. 21.

⁷⁸ Ibid., p. 2 e 21.

⁷⁹ Ibid., p. 23-24. ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, § 162-165. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁸⁰ Ibid., p. 28-29.

te 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 omissos ou negligentes 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 1373 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 eles⁸¹. 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, do 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-Qaeda⁸². 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

⁸¹ Ibid., p. 30-31.

⁸² Ibid., p. 28.

reinvoçada, fazendo-se referência à operação no Afeganistão como precedente. Michael P. Scharf comenta que, de 2001 a 2016, outros Estados têm citado a resposta dos EUA à Al-Qaeda para justificar os próprios atos contra grupos terroristas atuantes em territórios vizinhos⁸³.

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 de DIC *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 DIP, 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, 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.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BLUTMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. **The European Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 529-552, 2014.

CHARNEY, Jonathan I. Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? **Recueil des cours**, v. 271, 1998, p. 129.

CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? In: CHENG, Bin. **Studies in International Space Law**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

CRAWFORD, James. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. 2012.

⁸³ Ibid., p. 36-37.

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. Northwestern University School of Law, **Faculty Working Papers**, Paper n. 84, p. 1-15, 2010.

94

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

DANILENKO. Gennady M. The Theory of International Customary Law. **German Yearbook of International Law**, v. 21, p. 9-47, 1988.

DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, vol. 297 (2000).

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. Chicago, **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 63 (2D Series), p. 1-98, November 1998.

GUZMAN. Andrew T. Saving Customary International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 27, p. 115-176, Fall 2005.

HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. Northwestern University – Department of Political Science, **International Journal**, p. 581-596, August 28, 2011.

ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Application instituting proceedings, 29 April 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7155.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 26 November 1984. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 523-553, 2004.

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

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.

MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. **Yale Law Journal**, v. 64, p. 629-648, 1955.

MENDELSON, Maurice. The Formation of Customary International Law. **Recueil des cours**, vol. 272 (1998).

POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. **Duke Law Journal**, v. 62, p. 707-738, 2012.

SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 48, p. 1-54, 2016.

UN. Identification of customary international law: text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee. **International Law Commission**, 14 July 2015. Disponível em:
<<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/Arrest%20Warrant%20of%2011%20April%202000L.869>>. Acesso em: 13 out. 2016.

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.