

# DIREITO INTERNACIONAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

EM DEFESA DE UMA TEORIA DISCURSIVA  
DO COSTUME INTERNACIONAL



**RODRIGO CERVEIRA CITTADINO**

Mestre em Direito Internacional pela Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Bacharel em Direito também pela UERJ e em Relações Internacionais  
pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio

# **DIREITO INTERNACIONAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

EM DEFESA DE UMA TEORIA DISCURSIVA  
DO COSTUME INTERNACIONAL



Belo Horizonte  
2018

## CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceô Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosendal
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2018.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho  
**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva  
**Revisão:** Responsabilidade do autor

---

341.1      Cittadino, Rodrigo Cerveira.  
C581d      Direito internacional e argumentação jurídica: em defesa de uma  
2018      teoria discursiva do costume internacional / Rodrigo Cerveira  
Cittadino. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.  
191 p.

ISBN: 978-85-8238-425-1  
ISBN: 978-85-8238-426-8 (E-book)

1. Direito internacional. 2. Costume internacional. 3. Relações internacionais. 4. Direito internacional consuetudinário. I. Título.

CDD(23.ed.)–341  
CDDir – 341.1

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

---

**MATRIZ**  
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion  
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000  
Tel: (31) 3031-2330

**FILIAL**  
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

Belo Horizonte  
2018

## 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.<sup>a</sup> Ana Cristina Paulo Pereira, pelos apontamentos sempre acurados, pelas recomendações valiosíssimas e pela dedicação impecável.

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 conseguem aquecer o inverno canadense.

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

A meus amigos do meio acadêmico e da vida, por tornarem meus dias mais instigantes e, ao mesmo tempo, mais leves.

Aos escritores, aos amigos e aos amigos escritores que me fizeram apaixonar pela leitura e pela linguagem - e que não permitiram que esse amor minguasse um dia sequer.

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*

# SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 2	
OS FUNDAMENTOS DO COSTUME INTERNACIONAL.....	2
2.1. O costume internacional e os fundamentos do direito internacional ..	15
2.1.1 Teorias dedutivas .....	16
2.1.1.1. O jusnaturalismo clássico .....	17
2.1.1.2. O normativismo de Hans Kelsen .....	20
2.1.1.3. O jusnaturalismo moderno .....	23
2.1.2. Teorias indutivas.....	27
2.1.2.1. Positivismo jurídico, teoria da autolimitação estatal e voluntarismo .....	28
2.1.2.2. Regras secundárias como fatos sociais.....	39
2.1.3. Outras teorias .....	41
2.1.3.1. A Escola Histórica.....	42
2.1.3.2. O costume como necessidade social seguida de prática constante	44
2.1.3.3. O costume internacional como direito espontâneo .....	45
2.1.3.4. O costume internacional à luz de um novo <i>jus gentium</i> .....	47
2.1.4. Os fundamentos do costume internacional na jurisprudência internacional.....	48
2.2. Conclusões do Capítulo 2.....	52
CAPÍTULO 3	
OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO COSTUME INTERNACIONAL	54
3.1. O elemento objetivo: a prática internacional.....	54
3.1.1. Quais são seus autores?.....	55
3.1.2. Quais atos contam? .....	58
3.1.3. Por quanto tempo? .....	63
3.1.4. O quão uniforme deve ser?.....	64
3.1.5. Qual é sua extensão?.....	66
3.1.5.1. Costume particular.....	66
3.1.5.2. Costume geral.....	68



3.1.6. A prática internacional como construto mental: seletividade e subjetivismo.....	71
3.2. O elemento subjetivo: a <i>opinio juris</i> .....	73
3.2.1. A natureza do elemento subjetivo: vontade ou crença?.....	73
3.2.2. Problemas que a noção de <i>opinio juris</i> suscita .....	80
3.2.2.1. O paradoxo temporal .....	80
3.2.2.2. O problema da mudança do costume internacional.....	81
3.3. Monismo e dualismo .....	82
3.4. Conclusões do Capítulo 3.....	85
CAPÍTULO 4	
TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO COSTUME INTERNACIONAL..	86
4.1. Visões contemporâneas sobre o costume internacional .....	88
4.1.1. Teorias racionalistas sobre o costume internacional .....	89
4.1.2. Teoria crítica sobre o costume internacional.....	109
4.2. Conclusões do Capítulo 4.....	119
CAPÍTULO 5	
UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL.....	121
5.1. A contribuição da Teoria das Relações Internacionais.....	121
5.1.1. Relações Internacionais e Direito Internacional.....	121
5.1.2. O construtivismo das Relações Internacionais .....	126
5.1.3. A teoria interacional do direito internacional .....	128
5.2. A contribuição da filosofia da linguagem.....	133
5.2.1. Direito internacional e argumentação .....	133
5.2.2. Costume internacional e argumentação.....	140
5.2.3. Produção e mudança de um costume internacional via argumentação.....	144
5.3. Aplicabilidade da teoria discursiva do costume internacional.....	149
5.3.1. O uso da força à luz da teoria discursiva do costume internacional.	151
5.3.1.1. Primeiro estudo de caso: a intervenção humanitária da Bélgica no Kosovo.....	155
5.3.1.2. Segundo estudo de caso: o uso da força pelos EUA contra o Estado Islâmico em território sírio .....	163
5.4. A teoria discursiva e a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do direito internacional consuetudinário .....	167
5.5. Conclusões do Capítulo 5.....	170
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS .....	175



# CAPÍTULO 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 ficção<sup>1</sup>. 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 Estados<sup>2</sup>; de coerência, porque inexitem formas incontroversas para a identificação das regras consuetudinárias<sup>3</sup>; 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”<sup>4</sup>. 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

---

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

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

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 454-455.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 500.

by looking at CIL [customary international law], but one determines CIL by looking at states' actions"<sup>5</sup>.

Nesse sentido, a obra 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 delimitamento 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 deste livro.

Paralelamente, verificam-se incontáveis dissensos doutrinários de natureza mais concreta. Por exemplo, há quem critique como artificial e arbitrária a

<sup>5</sup> 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.

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 proibida<sup>6</sup>. 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 inexiste unanimidade, como se depreende da tese de Bin Cheng a respeito do costume instantâneo no direito espacial<sup>7</sup>. 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?”<sup>8</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 533.

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* 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 Blutman é pertinente para que se desenhem os exatos contornos do conceito de *opinio juris*. O jusinternacionlista 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”. “Belief and *opinio juris* have an air of epistemological uncertainty and come in degrees.”<sup>10</sup> Por fim, a noção de crença não tem o mesmo valor semântico que a de desejo<sup>11</sup> ou que a de senso (de obrigatoriedade jurídica, *in casu*)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> 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. 538-543, 2014.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 540.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>12</sup> *Loc. cit.*

László Blutman 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 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.<sup>13</sup>

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 exame<sup>14</sup>. 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

<sup>13</sup> Ibid., p. 543.

<sup>14</sup> Ibid., p. 544.

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.<sup>15</sup>

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 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 gênese<sup>16</sup>.

É justamente a tese do direito internacional costumeiro como fenômeno intersubjetivo que anima a presente obra. 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

<sup>15</sup> Ibid., p. 545.

<sup>16</sup> Ibid., p. 551.



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 co-constituição; afinal, as estruturas sociais “are inseparable from the reasons and self-understandings that agents bring to their actions”<sup>17</sup>. 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 sociais<sup>18</sup>. 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 jurídica<sup>19</sup>.

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

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

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

<sup>19</sup> Ibid., p. 20-33 e 46-90.

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.

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.<sup>20</sup>

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 neste livro 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 desta obra 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*

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

de filósofos da linguagem e de estudiosos da argumentação jurídica podem ser úteis à construção de uma teoria discursiva do costume internacional; e e) aplicar o marco teórico objeto deste trabalho a dois casos concretos 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.

O livro fundamenta-se na pesquisa bibliográfica. Como fontes primárias, adotam-se, 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 desta obra 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 costumeiras<sup>21</sup>, a exemplo dos regimes de responsabilidade internacional<sup>22</sup>, de imunidade de jurisdição<sup>23</sup> e de sucessão de Estados – nesse terceiro

<sup>21</sup> GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 119.

<sup>22</sup> 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](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2016).

<sup>23</sup> 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

caso, ao menos no que concerne a bens, a arquivos e a débitos públicos<sup>24</sup>. 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:

[Costumary 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

---

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

<sup>24</sup> 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](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](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016).

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 unpersuasive<sup>25</sup>.

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.

O livro é composto por seis capítulos, sendo o primeiro esta introdução. O segundo capítulo destina-se aos fundamentos do costume internacional. No terceiro, são apresentados os debates da literatura jusinternacionalista acerca dos elementos constitutivos do direito internacional costumeiro. O quarto capítulo expõe algumas das teorias mais recentes sobre o costume internacional. O quinto dedica-se 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 servem 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 é a conclusão.

<sup>25</sup> GUZMAN. Andrew T. Op. cit. p. 117.