

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, atribuir a validade do Direito Internacional ao voluntarismo estatal é objeto de estudos que visam retirar essa faculdade dos Estados. Ainda que seja inegável a relativização dessa premissa, não se pode deixar de reconhecer que essa lógica ainda impera em muitas áreas do Direito Internacional, o que não é por si um problema. Afinal, não se pode negar a relação diferenciada dos Estados com os próprios modos de produção das fontes do Direito.

Nesse sentido, reconhecer as fontes do Direito Internacional Público integram o desafio da própria normatividade de ramo do Direito. A partir dessa premissa, destaca-se a existência das normas costumeiras internacionais, ao lado da norma de *jus cogens*, como fontes do Direito que não demandam para sua validade um ato de vontade do Estado.

Para tentar identificar a construção dessas normas consuetudinárias, optou-se por uma abordagem filosófica e teórica que dialogasse com a teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre, numa perspectiva que envolvesse o conceito das práticas sociais e de tradição para o filósofo inglês.

Por fim, a interação entre Direito Internacional e filosofia permite a compreensão desse ramo tão questionado do Direito sob um viés de construção argumentativa e teórica, distante do contexto essencialmente voluntarista dos Estados.

2 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional é considerado um ramo da Ciência Jurídica. No entanto, observa-se uma série de especificidades em relação às outras matérias do Direito Interno. Portanto, parece razoável estabelecer um paralelo entre esses ramos do Direito.

Uma maneira de caracterizar um sistema jurídico interno de virtualmente qualquer Estado soberano ocorre por meio da identificação de uma instituição ou um órgão competente para criar normas; Tribunais com instâncias hierárquicas capazes de resolver definitivamente quaisquer problemas oriundos das normas; e um poder central capaz de implementar, por meio da força, se necessário, as decisões legalmente constituídas.

Conforme Herbert Hart preceitua, as normas que compõem um sistema jurídico podem ser primárias ou secundárias, sob uma perspectiva de vinculação do Direito a regras obrigatórias.

As normas primárias são as que regulam propriamente a conduta, exigindo uma comissão ou omissão por partes dos agentes, enquanto as normas secundárias estariam sempre relacionadas a uma norma primária, estabelecendo de que modo elas podem ser determinadas de forma excludente, assim como a configuração de sua violação e das suas conseqüências.

Contudo, quando se observa o Direito Internacional, não se identifica concretamente nenhum desses elementos básicos que integram o Direito Interno. Não existe um órgão legislativo internacional, tampouco um Poder Judiciário com jurisdição compulsória e capaz de aplicar sanções em caso do descumprimento das suas decisões.

Em relação às normas, o sistema jurídico internacional só seria composto de normas primárias, inexistindo normas secundárias. Hart acrescenta que também falta “[...] uma norma de reconhecimento unificadora que especifique as ‘fontes’ do direito e forneça critérios gerais para a identificação de suas normas”. (2009, p.277).

Em conseqüência das antinomias apresentadas entre Direito Interno e Direito Internacional, um questionamento de Malcolm Shaw se apresenta como preciso para essa discussão:

Assim, se não há instituição identificável para estabelecer regras ou mesmo para esclarecê-las, ou ainda para garantir que aqueles que as descumprem sejam punidos, como é possível chamar o direito internacional de direito? (tradução nossa) (2011, p.3).

A expressão Direito Internacional foi pela primeira vez utilizada em 1780, tendo sido cunhada por Jeremy Bentham, que acabou por substituir a nomenclatura vigente à época, “Direito das Gentes”. Não é o objetivo do presente trabalho discutir qual o melhor termo existente, mas é inegável que Direito Internacional está consagrado.

Justamente por conta da nomenclatura, a comparação entre Direito Internacional e Direito Interno se torna inevitável. Bentham defendeu a expressão Direito Internacional por considerar que ela é suficientemente análoga ao Direito Interno.

Hart se pronuncia acerca do tema:

Em primeiro lugar, a analogia é de conteúdo, e não de forma; em segundo lugar, nessa analogia de conteúdo, nenhum outro tipo de norma social é tão

semelhante ao direito interno quanto as normas do direito internacional. (HART, Op. Cit., p. 306)

Um dos principais conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional existe em razão da ausência de um poder central internacional capaz de emitir sanções organizadas, o que implicaria na ausência de poder vinculante do Direito Internacional e até mesmo na base do fundamento da indagação se seria esse ramo verdadeiramente Direito.

Lafayette Rodrigues, jurista brasileiro do início do século XX, questionava-se sobre o tema:

Há quem pense que o direito internacional não seja senão um código de regras e máximas morais, a que as nações, na ausência de jurisdição superior incumbida de aplicá-lo e fazê-lo observar, só prestarão obediência quando seus interesses o permitirem ou o exigirem, ou quando lhes faltar poder para impunemente violá-lo. Não haverá nisso uma parcela, uma partícula de verdade? (1902)

No entanto, o reconhecimento dessa premissa significaria que o Direito seria essencialmente uma questão de ordens balizadas por ameaças. Hart defende o abandono dessa lógica, constatando que “não parece haver uma boa razão para limitar a ideia normativa de obrigação às normas apoiadas por sanções organizadas”. (2009, p. 281).

É importante que se reconheça a total diferença de possibilidade de aplicação de uma sanção a uma pessoa e por outro lado, a um Estado. A natureza de ambos é totalmente diferente, podendo-se inferir que a base comparativa que se insiste em fazer seja desproporcional. Logo, não se pode concluir que o Direito Internacional não seja vinculante em razão da ausência de mecanismos coercitivos em sua organização.

Uma vez mais, recorre-se à Malcolm Shaw:

Já que não se pode descobrir a natureza do Direito Internacional com base em uma definição de direito fundado em sanções, a característica da ordem internacional legal deve ser examinada em busca de se revelar se de fato um Estado se considera compelido a obedecer as regras do Direito Internacional, e se sim, o motivo. Se, de fato, a resposta para a primeira questão for negativa, de que os Estados não precisam agir de acordo com ditas regras, então não existe um sistema de Direito Internacional que mereça o nome. (tradução nossa) (2011, p.5)

Não resta qualquer dúvida que Direito Internacional e Direito Interno, apesar da semelhança nas expressões, se referem de fato a fenômenos, ambos jurídicos, só que distintos. No Direito Interno da maior parte dos Estados, a estrutura legal é hierárquica e vertical. Por outro lado, o sistema internacional é horizontal, formado por 193 Estados

soberanamente reconhecidos¹, dispendo de igualdade entre eles e sem qualquer ingerência direta de um sobre o outro, ao menos no aspecto teórico.

No Direito Interno, a pessoa está sujeita apenas a obedecer ou não a lei. No Direito Internacional, os Estados não apenas optam por obedecer ou não a lei, como também eles são diretamente responsáveis pela elaboração das normas internacionais por meios convencionais, na maioria dos casos.

Apesar da impressão inicial de que tal sistema atribuiria verdadeira discricionariedade aos Estados para a livre escolha de quando obedecer ou ignorar determinada legislação internacional, a maior parte das regras estabelecidas pelo Direito Internacional são adimplidas. (MORGENTHAU, 2003, p.290)

Portanto, qual seria o motivo e o fundamento para o respeito às regras do Direito Internacional?

A ausência de um sistema central de sanções não invalida a existência de outros meios de persuasão na ordem internacional, tais como a reciprocidade mediante os Estados pares, assim como vantagens advindas pelo respeito das regras do Direito Internacional, até como pelo cumprimento em razão da norma internacional representar um costume daquela sociedade.

Parte da doutrina clássica² reputa ao consenso, ao voluntarismo estatal a base legal de exigibilidade do Direito Internacional. O Estado não seria obrigado a se comprometer internacionalmente por uma questão de soberania, mas a partir do momento em que o faz, ficaria vinculado a respeitar o compromisso. Há quem defenda, como Adam Chilton, que o Estado só se compromete com aquilo que ele já iria cumprir.

Apesar desse viés voluntarista ainda ser fundamente na compreensão do Direito Internacional, ao analisar as fontes formais primárias dessas normas, percebe-se a existência de outras explicações.

Ao mesmo tempo, é interessante o questionamento do que aconteceria se um Estado resolvesse abandonar todos seus compromissos internacionais, desobedecê-los simplesmente pelo argumento da falta de exigência do Direito Internacional.

Em uma análise empírica, é de se esperar que dito Estado torne-se um pária na sociedade internacional, não conseguindo constituir relações diplomáticas e comerciais com praticamente nenhum outro Estado, rumando a um inexorável isolamento,

¹Números de Estados membros da Organização das Nações Unidas.

² Autores como Malcolm Shaw e J.S Watson.

dificultando a sua própria coexistência com os seus pares³. A possibilidade de uma consequência como descrita acima demonstra uma necessidade indispensável de alguma relação entre os Estados e, por conseguinte, de respeito às regras existentes do Direito Internacional.

Uma crítica que se pode fazer ao desenvolvimento desse pensamento é a base política no mecanismo coercitivo ao Estado, e não estritamente jurídica. Contudo, a relação entre Política e Direito Internacional é muito diferente no âmbito do Direito Interno. Só é possível a compreensão do Direito Internacional se considerado os fatores políticos conjugados com os jurídicos.

Shaw preceitua que:

Está claro que nunca haverá uma completa separação entre o direito (internacional) e a política. Não importa a teoria do direito ou da filosofia política que seja professada, os laços inextricáveis entre direito (internacional) e política devem ser reconhecidos. (tradução nossa) (2011, p.11)

Adam Chilton, da Universidade de Chicago, questiona em que medida o Direito Internacional representou na prática algum tipo de mudança no comportamento estatal e como seria possível demonstrar isso de forma empírica. Primeiramente, Chilton relata que com base nos dados existentes, Beth Simmons defende o impacto positivo que os tratados internacionais de Direitos Humanos tiveram, enquanto Eric Posner conclui que o Direito Internacional dos Direitos Humanos falhou em alcançar seu objetivo⁴.

Para Chilton, simplesmente não é possível mensurar ou mesmo conhecer o efeito que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui pelos seguintes motivos: pouca variação no número de Estados que ratificaram os principais tratados internacionais, pequena amostragem para análise, repetição de normas internacionais nas legislações internas (inclusive constitucional) e ausência de dados confiáveis por parte dos Estados.

Nesse sentido, sob uma perspectiva internacionalista, o regime internacional de Direitos Humanos teria tido a adesão expressiva que ele possui em razão da falta de

³O exemplo concreto que mais se aproxima da situação descrita acima é o do Estado africano da Somália, considerado como um Estado falido pelas últimas duas décadas, sem conseguir estabelecer relações com a comunidade internacional.

⁴ As informações relatadas são advindas de palestra ministrada pelo professor Adam Chilton, da Universidade de Chicago, intitulada "Por que sabemos tão poucos sobre a efetividade do Direito Internacional e como experimentos podem mudar essa realidade", disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=1TdNje07s9E>.

accountability internacional, da falta de verificação do cumprimento por parte dos Estados.

Essa explicação é insuficiente e imprecisa ao se considerar que na maior parte dos Estados, a ratificação dos tratados internacionais acarreta em obrigações jurídicas internas que terão seus efeitos mensuráveis de forma concreta. Portanto, não se pode adotar a visão de Eric Posner como verdadeira, mas tampouco se pode desconsiderá-la por completo.

Esse tipo de problemática não é exclusiva das instituições de Direitos Humanos, mas sim representa dilema do próprio Direito Internacional. As ausências de meios coercitivos para garantir a implementação das suas decisões acabam por enfraquecer a normatividade (e não a obrigatoriedade) das suas disposições. Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos teria como fundamento de cumprimento de suas normas a mera existência delas, em uma espécie de obrigação moral dos Estados em segui-las.

No entanto, parece ser inapropriado relegar a discussão da efetividade para o segundo plano, com base na crença que a obrigação moral ou mesmo contratual seria suficiente para encerrar o assunto, mediante a automática atribuição de responsabilidade internacional aos Estados violadores. Os Direitos Humanos precisam ser uma realidade prática e efetiva, não somente teórica e normativa. Estudar os meios para alcançar a efetividade é dar concretude ao Direito.

De acordo com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as fontes primárias do Direito Internacional são os tratados ou convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de Direito, além do reconhecimento posterior pela doutrina internacionalista dos atos unilaterais dos Estados e as decisões obrigatórias de Organizações Internacionais.

No sistema internacional clássico, os Estados têm a faculdade de elaborar as normas em conjunto, assim como decidir pela sua aplicação. Apesar do princípio *pacta sunt servanda* ser uma disposição estatal em se comprometer com aquela convenção estipulada, eventual método para obrigar um Estado a adimpli-la pode ser considerado uma violação à sua soberania.

Por isso, as principais formas de coerção ao Estado não são jurídicas, nem baseadas na força, mas sim políticas ou quase-legais. Logo, faz parte do Direito Internacional reconhecer essas relações sem estrita vinculação jurídica como a regra em seu sistema. Essa constatação pode funcionar para respaldar atuações proativas de

órgãos administrativos internacionais, como também podem servir de meio de defesa para os Estados nacionais.

Em verdade, ao se identificar o único sistema internacional capaz de se utilizar da força para impor suas decisões, percebe-se que a influência política nas decisões do órgão é de tal modo que corrobora essa relação inextricável entre Política e Direito Internacional. É o caso do Conselho de Segurança da ONU. Este é o único órgão capaz de aplicar sanções e garantir sua execução no sistema internacional, mesmo que se utilizando da força para implementá-la⁵.

No entanto, suas decisões dependem de uma maioria qualificada no Conselho, não sendo possível que algum membro permanente vote contra (critério do consenso). Dessa maneira, torna-se evidente que mesmo no órgão que detém o monopólio do uso da força, o que se obedece não são parâmetros eminentemente jurídicos, mas um fundamento político que norteia cada caso a ser decidido.

O exemplo do Conselho de Segurança da ONU, além de reforçar a ligação entre Política e Direito Internacional, também serve para demonstrar que a soberania estatal não é um direito absoluto. Ao assinar a Carta da ONU, os Estados renunciaram não apenas a possibilidade do uso da força nas relações internacionais (ressalvada a legítima defesa), como concederam ao Conselho de Segurança a possibilidade final de decisão acerca do assunto.

Os Estados aderiram à Organização das Nações Unidas por meio de um processo formalmente voluntário, renunciando parte da sua soberania ao Conselho de Segurança. Observe-se que esse ato retirou do Estado a possibilidade de qualquer eventual reclamação em um caso concreto, cabendo à ONU a tomada de decisões acerca do uso da força.

Nesse sentido, não se pode considerar que a perspectiva essencialmente voluntarista do Direito Internacional também não admita restrições, já que há uma relação entre os dois conceitos, sendo a soberania a base do fundamento do Direito Internacional.

Para efeitos do presente trabalho, desenvolver-se-á a construção do costume internacional como norma de Direito Internacional que vinculam os Estados, sob uma perspectiva não voluntarista, a partir do conceito trabalhado por MacIntyre de prática e da ética das virtudes.

⁵Arts. 2.3, 2.4 e o capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

2.1 COSTUME INTERNACIONAL

O costume internacional deve espelhar o reconhecimento generalizado, pelos Estados, de determinadas práticas como sendo obrigatórias, gerando consequências jurídicas para seu infrator. Os meros hábitos ou usos internacionais não refletem obrigações jurídicas, tendo como base somente a cortesia ou outros valores morais internacionais. Apenas os atos realizados intencionalmente (ou conscientemente) pelo Estado no sentido da formação do costume podem tornar o costume vinculante ao Estado que o demonstrou.

A doutrina aponta que, para que uma prática comissiva ou omissiva possa constituir um costume, é necessária a verificação de dois elementos: elemento material, o costume deve traduzir uma prática reiterada de comportamentos, havendo a repetição de um certo modo de agir ante determinado quadro de fato; e o elemento psicológico ou subjetivo (*opinio juris*), que é a convicção, por parte dos Estados, de que a prática em questão é obrigatória devido à existência de uma norma jurídica que a requer. Se a aplicação do costume puder ser atribuída a qualquer motivo que não seja essa convicção, não há *opinio juris*, e, conseqüentemente, não haverá costume.

Portanto, a existência de normas costumeiras advém da prática e do comportamento dos Estados. Como reconhecer que determinada prática estatal é suficientemente consolidada a ponto de se tornar uma fonte do Direito Internacional? O que seria essa prática?

Sob uma perspectiva dogmática, a percepção do comportamento estatal pode ser determinada pela análise de documentos oficiais, registros governamentais ou mesmo por meio dos jornais, o que não implica necessariamente que essa prática seja uma norma. Para a configuração do aludido elemento material, precisa-se que essa prática seja reiterada, ainda que não demande um prazo específico. O transcurso de um curto período de tempo não impede a formação de um costume.

Não é necessário para a prática ser considerada um costume internacional, que ela seja perfeitamente uniforme, mas demanda uma uniformidade substancial. Grandes inconsistências impedem a formação de um costume; pequenas inconsistências, não.

Os costumes internacionais, como normas internacionais gerais, obrigam a todos, mesmo aqueles que não participaram no seu processo de produção – isso inclui também novos Estados que ainda não existiam nesse momento (embora haja exceções

quanto a esse último aspecto). Não se exige a unanimidade para o surgimento de um costume. Basta a vontade da maioria dos Estados cujos interesses sejam particularmente afetados pelo novo costume.

Identificado a existência da prática, deve-se buscar a análise de como o Estado interpreta o seu comportamento. É uma prática existente devido a um dever moral, político ou legal? Será justamente a *opinio juris*, a crença de que a prática é obrigatória, que transforma a situação em costume enquanto norma de Direito Internacional.

Esse entendimento foi reafirmado pela Corte Internacional de Justiça do caso Nicarágua Vs Estados Unidos (atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua:

Para que uma nova norma costumeira seja formada, não basta que os atos sejam práticas reiteradas, mas precisam estar acompanhados da *the opinio juris sivenecessitatis*. Qualquer dos Estados ao agir sobre outros Estados, na posição de reagir a isso, devem se comportar de modo que sua conduta evidencie a crença de que esta prática é realizada de forma obrigatório em razão de uma norma de Direito que a obrigue. A necessidade dessa crença, por exemplo, a existência do elemento subjetivo é implicitamente a noção de *opinio juris sivenecessitatis*. **(tradução nossa)** (1986, p. 183)

A comprovação quanto à existência de um costume gera controvérsia, podendo ocorrer por meio da ratificação de um tratado por muitos Estados que positivem o costume; atos diplomáticos estatais; manifestações unilaterais; e decisões reiteradas de Organizações Internacionais.

Outra questão relevante atinente ao costume diz respeito à sua prova. Nos termos do art. 38, 1, *b*, do Estatuto da CIJ, a parte que alega um costume geral tem que provar que o mesmo é oponível à parte contrária.

2.2 NORMAS DE *JUS COGENS*

Dentro do contexto do costume internacional, deve-se destacar a existência das normas de *jus cogens*, que apesar de não estarem expressas no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, são reconhecidas como fonte do Direito Internacional, inclusive com reconhecimento convencional, no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969.

Dessa forma, conceitua-se essa fonte como normas imperativas, que consagram princípios básicos de Direito Internacional em relação às quais nenhuma derrogação por

acordo é permitida, ou seja, que não podem ser afastadas pela vontade dos Estados, ao contrário do que ocorre com as normas dispositivas obrigatórias, que podem ser não aplicadas pela vontade dos Estados em particular.

Note-se que essas normas são baseadas em valores fundamentais e superiores da atual sociedade internacional, e necessitam ser aceitas por uma maioria expressiva de Estados, de todas as inclinações políticas e ideológicas.

O rol das normas de *jus cogens* não é expressamente definido. A definição de seu conteúdo é fruto de um processo histórico, político e social. Tais normas não se confundem com o Direito Natural, embora tenham clara inspiração jusnaturalista. Não se tratam de preceitos imutáveis, mas sim de princípios e regras que podem mudar no tempo e no espaço

As regras de *jus cogens* podem ter origem convencional, como no caso da proibição do uso da força contra a independência política e a integridade territorial de um Estado (Carta da ONU, art. 2º, § 4 e 6), ou consuetudinária, como no princípio da autodeterminação dos povos e em várias normas relativas aos princípios fundamentais de Direito Internacional Humanitário.

Caso ocorra conflito entre norma de tratado e preceito de *jus cogens* superveniente, o dispositivo convencional mais antigo é nulo a partir do aparecimento da norma cogente, nos termos do art. 64 da Convenção de Viena de 1969.

Observe-se, portanto, que a superveniência de norma de *jus cogens* é incompatível com o tratado gera a sua nulidade com efeitos *ex nunc*, não havendo retroatividade. Dessa forma, a norma cogente dispensa diretamente o consentimento dos Estados, o que lhe confere força *erga omnes*. Não seria possível condicionar a existência da norma à anuência de entes estatais tão díspares, já que isso resultaria em colocar em risco valores essenciais para a convivência humana.

3 TEORIA DAS VIRTUDES DE MACINTYRE

De acordo com a teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre, existem três estágios conceituais do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes: as práticas, a unidade narrativa da vida humana e o conceito de tradição como condição para o desenvolvimento da racionalidade ética.

De alguma forma, é possível encontrar dentro de uma comunidade padrões entre as diversas conceituações de bem e de virtude. Esses padrões são encontrados em

certos elementos que se repetem.

No processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes, o conceito de prática, mais complexo que o sentido do senso comum é o primeiro estágio citado.

MacIntyre se opõe ao liberalismo individual moderno, que tem como uma das facetas o voluntarismo, de que toda norma depende da vontade. Ele não explica como se constitui a prática social, nem para reconhecê-la, nem para desconstruí-la. Em *Depois da Virtude*, MacIntyre afirma que:

(...) significado que darei a "prática" será o de qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos. (2001, p.315)

MacIntyre estabelece dois tipos de finalidade pelas práticas: os bens internos e os bens externos. Os primeiros têm como característica de que a sua conquista seja boa para toda a comunidade que participa da prática, enquanto o segundo não se vincula ao exercício de alguma virtude, o que permite seu alcance por métodos amorais.

O aludido filósofo exemplifica por meio do xadrez e do futebol. Ao praticá-los, os participantes desenvolvem e aperfeiçoam habilidades morais, intelectuais e de relacionamento. Quando se joga xadrez, desenvolve-se o raciocínio lógico, fundamental para virtude da *phrónesis*; quando se joga futebol, desenvolve-se a capacidade de adequar os desejos à necessidade da equipe, virtude moral imprescindível para vida em comunidade.

Logo, o que configura uma prática é sua orientação pelos seus bens intrínsecos, porém, MacIntyre não afirma que as práticas necessariamente possuem valor moral intrínseco. As práticas não são virtudes em si, nem são qualidades que geram naqueles que as praticam a virtude. As práticas a que se refere MacIntyre fazem parte de uma ideia que vincula o exercício de uma ou mais virtudes.

Dessa forma, o conceito de práticas permite a MacIntyre formular o que chama de sua primeira definição de virtude: “A virtude é uma qualidade humana adquirida, cuja posse e exercício costumam nos capacitar a alcançar aqueles bens internos às práticas e cuja ausência nos impede, para todos os efeitos, de alcançar tais bens”.

O conceito de prática não é o bastante para definir plenamente a virtude, já que pode haver conflito entre as práticas, além da possibilidade de existirem más práticas.

Portanto, o segundo estágio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes envolve a unidade narrativa da vida humana.

Essa seria uma estrutura teleológica que demanda que o indivíduo esteja consciente do fim ou fins aos quais está direcionando a sua própria vida. Portanto, o fato de as práticas serem compreendidas como atividades vinculadas a bens internos ocorre mediante o reconhecimento de uma unidade narrativa para a vida humana.

Dentro desse contexto, os bens que o indivíduo pretenda obter necessitam estar subordinados a um bem prioritário e comum. Nessa correlação, as práticas e as virtudes devem estar presentes nesse processo de busca, já que dessa forma é conferido maior inteligibilidade de como esses fatores se relacionam entre si.

Finalmente, a conclusão do conceito de virtude macintyriano se dá mediante a inserção da estrutura narrativa da vida humana na história de uma determinada tradição, conforme o terceiro estágio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes.

MacIntyre acredita que as alterações de compreensão que as concepções de virtude passaram desde o conceito inicial obrigam a análise desse processo histórico de transformação. Uma vez com base desse conceito, seria possível propor uma solução moral para os debates contemporâneos.

Nesse mesmo sentido, o esquema tradicional das virtudes desenvolvidas desde o medievo até tempos hodiernos foi paulatinamente desvinculado da tradição da qual surgiu, o que impôs uma dificuldade alcançar critérios racionais para a moralidade. Contudo, para compreender essa questão, é necessário conhecer o conceito de tradição.

MacIntyre apresenta uma concepção de “tradição viva”:

Uma tradição viva é, então, uma argumentação que se estende na história e é socialmente incorporada, e é uma argumentação, em parte, exatamente sobre os bens que constituem tal tradição. Dentro da tradição, a procura dos bens atravessa gerações. Portanto, a procura individual do próprio bem é, em geral e caracteristicamente, realizada dentro de um contexto definido pelas tradições das quais a vida do indivíduo faz parte, e isso é verdadeiro com relação aos bens internos, às práticas e também aos bens de uma única vida. (2001, p. 373-374)

Dessa forma, ao rejeitar o universalismo e o emotivismo, MacIntyre escolhe uma moralidade com o senso de história e de particularidade das comunidades, numa tentativa de resgate da ética das virtudes aristotélica.

3.1 CONSTRUÇÃO DOS COSTUMES INTERNACIONAIS A PARTIR DA ÉTICA DAS VIRTUDES

Sob uma perspectiva estritamente dogmática, não resta dúvida que os costumes internacionais são normas de Direito Internacional de observância obrigatória, ainda que não haja um ato de vontade expresso do Estado, em razão da sua previsão no artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Contudo, especialmente num contexto de fragmentação cultural e diversidade internacional, observar que grande parte dos Estados, com tradições e contextos diferentes, se obrigam e cumprem normas de Direito Internacional, e em especial, Direito Internacional dos Direitos Humanos de forma comum desafia a compreensão do senso usual. Sem tentar defender qualquer argumento universalista, o que possibilita a ocorrência de práticas comuns, que aliados a outras circunstâncias, se transformam em verdadeira norma internacional.

Existem vários motivos concomitantes, mas empiricamente, essas normas estariam em algum ponto de acordo com a tradição (e tradição é Direito) de cada Estado. Direitos são práticas internas a uma tradição. As partes podem chegar a compromissos recíprocos a despeito das tradições diferentes.

Duas tradições morais são capazes de reconhecer uma à outra como tradições que apresentam discordâncias em questões importantes, devem obrigatoriamente compartilhar características comuns. Algum tipo de relação com as práticas, alguma concepção dos bens humanos, alguma característica que surge da própria natureza da tradição será característica de ambas. Isso é possível observar por meio da teoria das virtudes de MacIntyre e em especial, por meio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes.

De fato, essa hipótese pode servir para explicar as relações normativas entre os Estados como um todo, não apenas no que diz respeito à construção dos costumes, podendo argumento similar ser utilizado para explicar a capacidade dos Estados de contratarem tratados com objetos comuns.

No entanto, identificou-se uma similitude entre o conceito de costume internacional com a prática teorizada por MacIntyre. É possível observar, de acordo com a teoria das virtudes, que apesar das dificuldades de comprovação legal da formação do costume, sob um aspecto teórico, torna-se possível explicar a existência dessas práticas entre nações tão diferentes, se considerada a tradição ligada aos Direitos.

Da mesma forma, a retomada de uma teoria teleológica, após o fracasso iluminista de tentar explicar a moral, permite-se a identificação de pontos comuns, mesmo em situações contrastantes.

Nesse sentido, observa-se que o reconhecimento das normas de *jus cogens* enquanto fonte do Direito Internacional, tendo seu conteúdo associado essencialmente aos Direitos Humanos, solidifica a existência de normas inderrogáveis, que surgiram a partir da prática reiterada internacional, que vinculam todos os Estados, independentemente do seu consentimento.

Ainda que permaneça a perspectiva voluntarista do Direito Internacional como predominantemente, infere-se que a aceitação desse tipo de compromisso internacional não advém de uma simples obrigação contratual ou construção doutrinária, mas sim do contexto de práticas comuns que eram divididas pelos Estados, numa leitura histórica a partir da tradição e da própria teleologia.

Identificar a existência de um costume implica também interpretar a conduta dos sujeitos envolvidos no que diz respeito a valoração do seu comportamento ao reconhecer que cada sujeito aceita um mesmo costume (como prática constante, uniforme e vinculativa), o aceita de maneira diferente, com valorações e pesos diferentes, cada qual ao seu modo.

Por ser a aceitação de um princípio não escrito, a interpretação depende da determinação do grau de aceitação da norma no seio da sociedade internacional, o que pode variar no tempo e de Estado para Estado.

O Costume Internacional, que é fonte do Direito Internacional, além das normas de *jus cogens*, são práticas reiteradas vistas como obrigatórias. Apesar das tradições diferentes dos Estados, só é possível a existência dessa fonte do Direito em razão das tradições, que apesar de serem diferentes, possuem pontos comuns.

4 CONCLUSÃO

As fontes do Direito Internacional apresentam uma mudança de paradigma em direção da objetivação do Direito Internacional, sob uma perspectiva de abandono do caráter voluntarista, da simples reciprocidade, no encontro de elementos comuns às práticas dos Estados.

A identificação desses elementos comuns entre os Estados sob uma leitura da teoria das virtudes, fundado numa teoria essencialmente teleológica, a partir dos

conceitos de prática, de narrativa e de tradição de MacIntyre conferem aos Estados motivos que não sejam puramente interesses recíprocos na busca de certa identidade entre os seus costumes.

De fato, essas similaridades, apesar de existentes, não são o suficiente para criação de uma ordem pública mundial. O Direito Internacional em si continua com suas bases assentadas no voluntarismo estatal, ainda que já existam indícios dessa mudança de paradigma, como ocorre com a ampla aceitação internacional geral das normas de *jus cogens*.

A construção do costume internacional permanecerá cercada de dúvidas sobre a prova de sua formação, mas apesar do atual contexto de constitucionalização do Direito Internacional, essa fonte, justamente por representar aspectos das práticas das comunidades, continuará relevante.

5 REFERÊNCIAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Cedin, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

CARDOSO, Flora Rocha. **A teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre** [manuscrito] 2010. 142 f. Dissertação (mestrado)– Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

COMISSÃO PARA O DIREITO INTERNACIONAL. **First report on formation and evidence of customary international law**. Genebra, 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice**. Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court, C. Peck and R. S. Lee (eds.), The Hague[etc.], 1997.

_____. Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicaragua v. Estados Unidos), Mérito, Julgamento, CIJRelatório 1986.

FRANCIONI, Francesco. International Soft Law: a contemporary assessment. In: **Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. São Paulo: EDUSC, 2001a.

_____. **Justiça de quem? Que racionalidade?** São Paulo: Loyola, 2001b.

MORGENTHAU, Hans J. **Política entre as Nações:** a luta pelo poder e pela paz. São Paulo: IMESP, 2003.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: J R dos Santos, 1902.

POSNER, Eric A. **The twilight of human rights law.** Oxford University Press: New York, 2014.