

OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DA TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL*

INTERNATIONAL LEGAL COMPLIANCE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW THEORY

Fernando Lopes Ferraz Elias¹
UniCEUB

Resumo

Os mecanismos normativos internacionais dotados de um controle cogente, a exemplo da implementação normativa e das decisões dos tribunais internacionais, convivem hoje com mecanismos suscetíveis aos cálculos políticos e econômicos dos Estados, valores extrínsecos ao direito, todavia, cruciais à imposição do direito internacional, com destaque para ferramentas como a reputação, a reciprocidade, a legitimidade, a aculturação, a socialização e a persuasão. Na literatura, há uma carência de pesquisa acadêmica sobre a teoria do direito internacional, particularmente, sobre os seus mecanismos de indução ao cumprimento. Estudar a dinâmica desses mecanismos é fundamental para se entender como o direito internacional influencia, ou mesmo determina, os comportamentos estatais. Consta-se nos dias atuais o reforço da efetividade dos mecanismos tradicionais e o advento de novos mecanismos, todavia, dissociados, revelam-se distantes da sua finalidade de indução ao cumprimento do direito internacional. Portanto, o fenômeno do cumprimento jurídico internacional somente pode ser compreendido em sua totalidade quando se transcende a lógica das medidas coercitivas do direito internacional tradicional e se considera os incentivos positivos dos mecanismos de coordenação internacional.

Palavras-chave

Direito internacional. Teoria do direito internacional. Mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional.

Abstract

International regulatory mechanisms with a binding control, the sample implementation of norms and the decisions of international courts, live today with mechanisms susceptible to political and economic calculations of the States, extrinsic values to the law, however, crucial to international law enforcement, with emphasis on tools such as reputation, reciprocity, legitimacy, acculturation, socialization and persuasion. In the literature, there is a lack of academic research on international law theory, particularly, about international legal compliance. Study the dynamics of these mechanisms is crucial to understanding how international law influences or even determines, the behaviors of the States. It can be seen in the present day the strengthening of the effectiveness of the traditional mechanisms and the advent of new mechanisms, however, disassociated, they are far from your purpose of inducing international legal compliance. Therefore, the phenomenon of international legal compliance can only be understood in your entirety when it transcends the logic of coercive measures of traditional international law and consider the positive incentives of international coordination mechanisms.

Keywords

International law. International law theory. International legal compliance.

1. INTRODUÇÃO

Na teoria do direito internacional contemporâneo, a um só tempo, os mecanismos tradicionais de indução do direito internacional ganham força e surgem novos mecanismos, que não podem ser compreendidos pelo raciocínio jurídico clássico.

Artigo escrito com Bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

¹ Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Graduação em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2002). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017). Professor universitário (desde 1999) e Coordenador de Curso (desde 2008).

Por um lado, padrões globais decursivos de processos de interação internacional e transnacional produzem novos arranjos institucionais internos que reforçam a efetividade das normas, obrigatórias ou não, de subsistemas jurídicos públicos e privados; do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas. Nesse sentido, é emblemática a delegação de funções a organismos internacionais dotados de poder coercitivo, a exemplo dos tribunais internacionais. Por outro lado, o direito internacional aplica-se não apenas em virtude desse cenário de maior cogência, em que normas internacionais com força coercitiva ombreiam com as normas internas na determinação do comportamento dos Estados. Muitas vezes, quando os benefícios de um Estado em não cumprir uma norma ou uma decisão de um tribunal internacional excedem os benefícios de cumpri-las, os mecanismos de incentivo, calcados na ideia de reputação e reciprocidade, são mais adequados do que os mecanismos de imposição e controle.

É certo que quanto mais reiteradas as relações estatais e quanto mais claras e precisas as normas que as regulam, particularmente aquelas destinadas a punir eventuais violações, maior a possibilidade de cumprimento do direito internacional. Consequentemente, em cenários cooperativos, a autoridade de um regime internacional é diretamente proporcional ao seu poder de coação. Todavia, não se deve perder de vista que os fatores jurídicos são apenas um dos elementos capazes de influenciar as condutas estatais, em outras palavras, somente instrumentos jurídicos vinculativos e coercitivos não bastam. Dessa maneira, desde a ação de atores nacionais e transnacionais, até prejuízos reputacionais e preocupações quanto aos comportamentos recíprocos dos outros Estados; o cumprimento estatal do direito internacional deve ser induzido por algo a mais do que a mera ameaça ou a aplicação efetiva de normas internacionais coercitivas, a exemplo dos mecanismos de retaliação.

Nessa esteira, destaca-se o risco de que os Estados, em eventual violação do direito internacional, sejam excluídos de regimes jurídicos internacionais e, assim, percam os benefícios da cooperação internacional, a exemplo da exportação e da importação de soluções jurídicas para problemas semelhantes que os atingem direta ou indiretamente, ou ainda, da construção de modelos de regulamentação interestatais ou transnacionais, a partir do compartilhamento de informações e da criação e execução de políticas conjuntas. Em síntese, os valores extrínsecos ao direito — políticos, econômicos ou reputacionais — revelam-se, muitas vezes, os mais importantes na imposição das normas nas relações internacionais.

Dessa forma, a fim de se entender por meio de quais instrumentos o direito internacional atualmente se impõe, o artigo coteja os mecanismos dotados de coerção, destacadas a implementação normativa e as decisões dos tribunais internacionais, com os mecanismos

desprovidos de coerção, tais como a reputação, a reciprocidade, a legitimidade, a aculturação, a socialização e a persuasão.

2. OS MECANISMOS TRADICIONAIS

2.1. A implementação normativa

Hodiernamente, um conjunto dinâmico e complexo² de normas públicas e privadas (contratos), responsável por uma nova identidade do direito internacional, produz arranjos institucionais internos,³ ou seja, uma nova configuração da política e do direito nacional, capazes de conferir aos processos jurídicos internacionais sanções domésticas e, assim, contribuem sobremaneira para o cumprimento das normas internacionais, a partir de modificações de políticas públicas, de atos legais, e até mesmo de decisões judiciais internas (VARELLA, 2013, p. 89, 94, 203 e 257).

Nessa esteira, se por um lado, com relevantes níveis de autonomia, os atores aderem voluntariamente às normas de subsistemas jurídicos privados — aqueles marcadamente caracterizados por critérios funcionais, isto é, relacionados ao tema —, ou seja, se os regimes privados ultrapassam as fronteiras estatais e prescindem do território como padrão de avaliação de efetividade, em outras palavras, se a existência, a validade e a eficácia do direito privado — do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas — não mais dependem dos Estados, por outro lado, a implementação doméstica do direito internacional depende de características próprias de cada território como o grau de democracia,⁴ a capacidade econômica dos nacionais em participar de redes privadas, a possibilidade de intervenções legislativas e judiciárias nas normas privadas e, ainda, os valores culturais (TEUBNER, 1997b, p. 765; VARELLA, 2013, p. 94, 247 e 254).

Todavia, é ilusória a ideia de que a internalização e o cumprimento do direito internacional é diretamente proporcional ao nível de democracia de um Estado.

Na verdade, as democracias permitem o monitoramento das ações estatais pelos atores subestatais (organizações não governamentais, por exemplo), contudo, são mais vulneráveis à

² Na medida em que se desenvolve, um grupo social move-se de uma ordem primitiva para uma ordem que reflita as crescentes complexidades e necessidades dessa sociedade (MACLEAN, 1989, p. 65).

³ Por meio de atos executivos, legislativos e judiciais, os Estados incorporam o direito internacional em suas estruturas políticas domésticas (KOH, 1996, p. 204). Cabe aos Estados considerarem obrigatórias as normas e as decisões dos tribunais internacionais no âmbito de seus sistemas jurídicos nacionais (ALTER, 2008, p. 50 - 51).

⁴ As organizações não governamentais são mais capazes de influenciar as decisões dos Estados democráticos (HATHAWAY, 2005, p. 504).

opinião pública, dessa forma, uma norma ou decisão internacional pode provocar uma reação na política interna de um Estado democrático capaz de prejudicar a cooperação internacional (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 90; WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 533).

Dessa maneira, exatamente por permitir um maior acesso à informação num ambiente de transparência, nos Estados democráticos, convivem uma diversidade de interesses, não necessariamente favoráveis ao cumprimento de um compromisso internacional.⁵ Assim, as pressões imediatas impostas por grupos de interesses domésticos bem-organizados podem, na realidade, prejudicar a cooperação internacional (WEISS, 1999, p. 1579; HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 87).

Desse modo, os Estados que respeitam o primado do direito nem sempre cumprem o direito internacional, pois reúnem um conjunto complexo de interesses e preferências concorrentes. Ademais, em algumas situações, a ação de indivíduos e grupos de interesse nacionais dá-se no sentido da realização do próprio bem-estar material, em outras, da concretização de ideais normativos. E, ainda, como as evidências empíricas demonstram, os Estados democráticos são os mais resistentes em comprometer-se com as normas internacionais, pois serão mais pressionados internamente a cumpri-las (WEISS, 1999, p. 1579; MCGUINNESS, p. 410, 2006).

Nesse diapasão, em diferentes temas, a internalização depende mais dos processos nacionais de implementação do direito internacional do que do caráter democrático dos Estados, portanto, não necessariamente, os Estados democráticos comportam-se melhor em relação ao cumprimento do direito internacional (KOH, 1998, p. 674 - 676; HATHAWAY, 2005, p. 495 - 500, 496, nota 66, 509 - 510 e 520 - 525).

De toda sorte, a “internacionalização incorporada”, ou seja, a estratégia de incorporá-lo domesticamente, senão perfeita, traduz-se em um importante meio de cumprimento do direito internacional, a partir da responsabilidade dos Estados de implementarem domesticamente as obrigações internacionais somada às estruturas políticas internas coercitivas capazes de afetar a vida dos seus cidadãos, tornando, nesse peculiar, o primado do direito internacional o resultado do império do direito interno (SLAUGHTER, 2000, p. 246 - 248).

A internalização — o que não significa apenas coerção,⁶ contudo, pressupõe o status de um compromisso jurídico obrigatório e vinculativo — é a razão pela qual a norma internacional é

⁵ Os custos de um acordo internacional variam para cada grupo doméstico do Estado que o negocia (PUTNAM, 1988, p. 442).

⁶ A teoria da internalização de Koh parece, num primeiro momento, reproduzir estruturas de poder e reforçar a aplicação de sanções. Contudo, na verdade, corresponde ao império dos interesses domésticos e não dos interesses dos Estados mais poderosos. Dessa forma, não se encaixa num modelo dentro da teoria da coerção, pois reconhece que a internalização assume formas variadas e sutis (BAHDI, 2001, f. 31 - 33).

respeitada. Globalmente, a chave para a obediência ao direito internacional é a participação no “processo jurídico transnacional” ou “processo vertical”, isto é, um processo dinâmico (“de cima para baixo” e “de baixo para cima”) e normativo em que atores estatais e não estatais — organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas multinacionais e indivíduos — interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais, de maneira a incentivar o cumprimento das normas internacionais, por sua vez, internalizadas no direito doméstico.⁷ Portanto, os elementos-chave desse pensamento são: participar, influenciar e impor, ou seja, busca-se incorporar nacionalmente as normas internacionais, a partir de diversas interações. Não se trata de mero cumprimento estatal de norma internacional mediante coação, mas de obediência⁸ à norma internacional incorporada ao conjunto de valores do sistema normativo do Estado. Em resumo, a maioria dos Estados cumpre as normas internacionais que são internalizadas em virtude de padrões globais oriundos de um processo jurídico transnacional. Portanto, esse processo contínuo de interações e internalizações consubstancia o direito internacional como parte dos interesses e identidades nacionais, o que o torna um fator relevante para as relações internacionais (KOH, 1996, p. 184, 204 - 205 e 207; KOH, 1998, p. 626 e 644; KOH, 2004, p. 339 e 343; KOH, 1997, p. 2645 - 2646).

Numa visão “construtivista modificada”, em um mundo pródigo de regimes internacionais, marcado pela inevitável concorrência entre as suas normas, os Estados formam e apoiam os valores na arena internacional por meio da “retroalimentação normativa”. Trata-se da harmonização de normas decursivas de diferentes fontes, mecanismo estatal usado para ligar os valores nacionais às suas ações internacionais, a partir da internalização das normas internacionais que, por sua vez, surgem de identidades estatais socialmente construídas e cujo ciclo influencia um Estado a cumpri-las ou incentivar o cumprimento pelos outros Estados, bem como permite aos Estados inserirem as suas normas no sistema internacional, de acordo com as preferências dos seus cidadãos (KELLY, 2001, p. 673 - 674, 690 - 691).

É preciso ter cuidado para não se atribuir apenas à coerção o cumprimento do direito internacional a partir da internalização das normas internacionais. Trata-se de um processo político-jurídico mais amplo e complexo, em que a interação entre normas internas e internacionais

⁷ Porém, diferentemente de outros subsistemas sociais, o ritmo próprio dos processos jurídico-políticos transnacionais ainda mantém o direito e a política muito dependentes da intercessão estatal (TEUBNER, 2012, p. 42). Nesse sentido, os atores transnacionais — organizações não governamentais, ativistas e forças econômicas, para citar apenas alguns — exercem pressão sobre os legisladores nacionais, a fim de que as normas internacionais sejam incorporadas. Entretanto, a internalização normativa revela-se uma via morosa, quando as normas internacionais não correspondem aos interesses dos Estados (HALLING, 2009, p. 258).

⁸ Nessa esteira, um processo completo de internalização produz mais do que o cumprimento das normas, produz a obediência a elas (RAUSTIALA; SLAUGHTER In: CARLNAES; RISSE; SIMMONS, 2002, p. 544).

produzem padrões comportamentais capazes de influenciar a ação global dos Estados, quer se dê o nome a isso de “processo jurídico transnacional” ou “retroalimentação normativa”.

Entretanto, quanto mais mecanismos de execução nacionais um Estado possua, mais provável que as normas internacionais mudem as práticas estatais violadoras do direito internacional, porém, mais oneroso esse compromisso internacional se tornará e, portanto, menos atraente à participação desse Estado. Conseqüentemente, mantidas inalteradas todas as outras condições, os Estados mais propensos a executarem internamente o conteúdo das normas internacionais são os menos propensos a cumpri-las. Invertendo os sinais dessas variáveis, chega-se a mesma conclusão demonstrada pelas evidências empíricas: os Estados que mais cumprem as normas internacionais são exatamente aqueles com os menores custos de cumprimento, isto é, que menos as ratificam, o que aventa questionamentos sobre a relevância da internalização para o cumprimento do direito internacional (HATHAWAY, 2005, p. 479 - 480 e 498 - 500).

Destarte, embora as instituições jurídicas nacionais desempenhem um papel importante no direito internacional, a teoria do processo jurídico transnacional revela-se insatisfatória se não for capaz de explicar por que as normas internacionais são internalizadas e como essa internalização conduz ao cumprimento, a partir dos interesses próprios de cada Estado (GUZMAN, 2002, p. 1835 - 1836).

Empiricamente, constata-se que a implementação das normas internacionais é mais frequente nos Estados com os piores índices de cumprimento, quando se desconsideram as relações de custo e benefício entre o direito internacional e os comportamentos estatais. Mais do que impertinente, na prática, a teoria da internalização revela-se contraproducente. Por isso, o cumprimento do direito internacional depende menos da quantidade de mecanismos de execução nacionais do que da qualidade deles.

Nesse diapasão, a reprodução das normas internacionais no plano doméstico não as fortalece necessariamente. A possibilidade de imposição interna do direito internacional mediante mecanismos de execução nacionais,⁹ em Estados que respeitam o “império da lei” e que possuem instituições domésticas consolidadas — por exemplo, um judiciário forte e independente em que se possa reivindicar direitos civis individuais e coletivos sem receio de represálias estatais —, possibilita aos indivíduos e aos grupos de interesse nacionais¹⁰ alcançarem, inclusive, alguns

⁹ Uma crítica recorrente à teoria de Koh é a de que parece colocar a política e as instituições domésticas em uma posição de destaque, entretanto, propugna que a eficácia da internalização depende principalmente das características da norma e não dos atributos internos do Estado (RAUSTIALA; SLAUGHTER In: CARLNAES; RISSE; SIMMONS, 2002, p. 544).

¹⁰ Ao “amarrar as mãos” dos Estados, o processo da ratificação formal contribui para a concretização de interesses de grupos domésticos por meio de normas internas obrigatórias, o que aumenta a credibilidade das normas internacionais (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 74). Porém, se os procedimentos de ratificação afetam diretamente

objetivos de política interna que seriam difíceis de serem alcançados de outra maneira. Todavia, isso depende, em boa parte, dos mecanismos coercitivos internos e do quanto o Estado permite que sejam usados contra si mesmo (HATHAWAY, 2005, p. 497 - 499, 512, 514, 520, 532 e 535; SIMMONS, 1998, p. 84).

Ademais, a visão tradicional de que a eficácia das normas internacionais decorre da sua implementação interna é estadocêntrica, hierárquica e estática, porque desconsidera a atuação dos atores não como as mudanças que as normas internas, e conseqüentemente os comportamentos estatais, podem sofrer ao longo do tempo, portanto, a implementação doméstica de uma obrigação internacional não garante o seu cumprimento (WEISS, 1999, p. 1559; WOLFRUM, 1998, p. 30; GUZMAN, 2008a, p. 7).

Por isso, é condição *sine qua non* para o cumprimento das normas internacionais que a internalização seja acompanhada de medidas domésticas a serem tomadas pelos Estados e da supervisão da conduta de entes públicos e privados (WOLFRUM, 1998, p. 29 - 30 e 103).

2.2. As sentenças compulsórias dos tribunais internacionais independentes

Embora a maioria dos regimes internacionais não preveja mecanismos de solução de controvérsias, a resolução de disputas é o outro lado de uma estratégia exitosa de cumprimento, especialmente relevante nas áreas de comércio internacional e direitos humanos (GUZMAN, 2008a, p. 50; CHAYES; CHAYES; MITCHELL In: WEISS; JACOBSON, 1998, p. 54).

Assim como, promover a observância do direito determina a métrica da eficácia de todo órgão de resolução de disputas. Entretanto, os tribunais internacionais possuem características peculiares e, destarte, diferenciam-se dos tribunais nacionais, principalmente, pela ausência de mecanismos coercitivos capazes de impor o cumprimento de uma decisão, independentemente da vontade das partes (GUZMAN, 2008b; ALTER, 2008, p. 44; VARELLA, 2013, p. 297 e 382).

As evidências empíricas demonstram que, nas décadas imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial, os Estados ainda se mantinham mais propensos a descumprirem uma decisão internacional, o que comprometia a eficácia do ordenamento jurídico internacional. O órgão adjudicatório central, a Corte Internacional de Justiça, não possuía jurisdição obrigatória em seus parcos julgamentos.¹¹ Recentemente, a tendência dos Estados é de aceitarem e implementarem

as negociações internacionais, nem sempre os afetam positivamente, assim, quanto maior o quórum necessário no plano doméstico, menor a probabilidade de êxito no âmbito internacional (PUTNAM, 1988, p. 448).

¹¹ Os Estados abstinham-se de integrar os tribunais internacionais por considerarem algumas questões de natureza essencialmente política. Conquanto rechaçada pela maioria dos jusinternacionalistas e restrita a situações muito específicas, considerações similares aplicavam-se à jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça, em especial, à cláusula facultativa do seu Estatuto, dando origem à doutrina da “não judicialidade”, isto é, o apelo ante um

as obrigações jurídicas internacionais, fortalecendo o sistema judicial internacional, apesar da existência de jurisdições difusas e sobrepostas (SIMMONS, 2002, p. 846; HATHAWAY, 2005, p. 489 - 490).

Portanto, nos últimos vinte anos, particularmente na década de 1990, do comércio aos direitos humanos, incluindo crimes de guerra,¹² houve tanto a criação de novos tribunais internacionais com jurisdição obrigatória e instrumentos próprios e especializados de indução ao cumprimento de suas decisões, quanto a aceitação da jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais mais antigos e o fortalecimento de mecanismos de implementação das suas decisões, ainda que bem menos efetivos do que aqueles dos novos tribunais. Hoje, os Estados preferem tribunais internacionais com capacidade de adjudicação das disputas (65%), com jurisdição compulsória¹³ (55%), e poder de revisão dos atos nacionais administrativos (40%) e, até mesmo, legais (de 20 a 30%). Esses números revelam mudanças no judiciário internacional e sugerem a preferência dos Estados pela delegação aos tribunais internacionais da competência para interpretarem os compromissos internacionais (ALTER, 2008, p. 61 - 63 e 76; VARELLA, 2013, p. 297, 382 e 389; VARELLA, 2014, p. 55).

Ainda que o judiciário internacional, de modo geral, não apresente mecanismos coercitivos similares aos dos judiciários nacionais, a partir de uma lógica de custos e benefícios, é cada vez mais frequente a adjudicação dos conflitos interestatais por tribunais internacionais com jurisdição obrigatória e decisões compulsórias, capazes de modificar atos domésticos administrativos e jurídicos.

Na seara internacional, tribunais com jurisdição obrigatória e mecanismos coercitivos de imposição de suas decisões limitam a capacidade dos Estados de evitarem ou bloquearem um contencioso e escolherem as sanções mais brandas, assim, um sistema internacional de adjudicação de controvérsias com decisões juridicamente vinculantes para os litigantes impacta de maneira positiva a eficácia de um tribunal internacional e, conseqüentemente, incentiva o cumprimento do direito internacional (GUZMAN, 2008a, p. 51; HELFER; SLAUGHTER, 1997, p. 304 e 307; ALTER, 2008, p. 38 e 44; GUZMAN, 2008b, p. 221 - 222).

tribunal internacional de que o objeto de um litígio era essencialmente de caráter político, portanto, inadequado à apreciação judicial e cuja solução demandava meios políticos e diplomáticos (MACLEAN, 1989, p. 73 - 74 e nota 81).

¹² A era pós-Segunda Guerra Mundial presenciou a ascensão de tribunais internacionais com jurisdição compulsória, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos; do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Internacional para Ruanda (embora ambos sejam bastante limitados); do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC); e do Tribunal Penal Internacional, entre outros (HATHAWAY, 2005, p. 489, nota 56).

¹³ Por jurisdição compulsória entende-se aquela em que uma parte não pode simplesmente rejeitar a competência de um tribunal para resolver os conflitos (GUZMAN, 2008b, p. 175 e 178).

O interesse dos Estados em cumprir uma decisão é diretamente proporcional à independência e ao tecnicismo jurídico de um tribunal internacional, ou seja, à sua invulnerabilidade às motivações políticas (VARELLA, 2013, p. 389 - 390).

Desconsiderar unilateralmente a legitimidade de uma decisão internacional juridicamente vinculativa proferida por mecanismos pacíficos de solução dos conflitos internacionais comprometidos com o primado do direito implica, além dos custos de reputação e de oportunidade (perdas comerciais), custos políticos maiores por desacreditar toda a comunidade internacional, ansiosa em vê-la produzir os seus efeitos de maneira obrigatória, apesar da avaliação desses custos variar de acordo com o apoio de forças nacionais, bem como conforme os Estados envolvidos (SIMMONS, 2002, p. 834 - 835 e 841 - 847).

Assim sendo, os Estados estabelecem normas de comportamento e delegam autoridade a tribunais internacionais independentes,¹⁴ a fim de diminuir os custos e aumentarem os benefícios da cooperação internacional (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 85).

A delegação de poder estatal a um sistema de solução de controvérsias afasta condutas estatais oportunistas e confere maior efetividade ao direito internacional, devido à aplicação coercitiva das normas internacionais por meio da retaliação (TRACHTMAN, 2013, p. 38 - 39).

Quando se fala em independência do judiciário internacional, na verdade, não há tribunais internacionais, dependentes e independentes, senão totalmente dependentes e parcialmente independentes (teoria da independência restrita). De fato, um sistema de solução de controvérsias internacionais não transforma, senão promove, os interesses nacionais de longo prazo, porém, quanto mais as decisões judiciais simplesmente espelham os comportamentos estatais, ao invés de determiná-los, menos impacto produzem (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 956; SHANY, 2012, p. 262).

Calcada em paradigmas de legitimidade, reputação e oportunidade, parte da doutrina jurídica internacional acredita que as sentenças vinculantes proferidas por tribunais independentes estimulam o cumprimento das normas e a conseqüente mudança dos comportamentos estatais, engendrando um sistema jurídico internacional mais efetivo. Entretanto, há outros ângulos.

Diferente do que sói imaginar, mesmo quando as partes reconhecem a legitimidade de um tribunal internacional, a partir de um consenso político internacional, a imposição de um ideal transnacional, por meio de decisões compulsórias e vinculativas, em detrimento dos interesses próprios estatais, somente reforça os tradicionais inconvenientes dos mecanismos de resolução de

¹⁴ Cinco características definem a independência de um tribunal internacional: (i) jurisdição obrigatória; (ii) proscricção a juiz de nacionalidade dos Estados em litígio; (iii) corpo permanente de juizes; (iv) mandatos fixos dos juizes; e (v) possibilidade de intervenção de terceiros (POSNER; YOO, 2005, p. 51).

disputas entre soberanias, como a recusa em cumpri-las. Portanto, quanto mais independente for um tribunal internacional, menos eficaz será na solução de um litígio (CHAYES; CHAYES; MITCHELL In: WEISS; JACOBSON, 1998, p. 55 - 56; POSNER; YOO, 2005, p. 06 - 07 e 27 - 28, 72 - 74).

Nessa esteira, a independência de um tribunal internacional afeta negativamente o cumprimento e a eficácia, ou seja, minimiza a conformidade às e a efetividade das suas decisões. Para os Estados racionais, quanto mais independente for um tribunal internacional, maior é o custo da conformidade estatal, isto é, menor a probabilidade de cumprimento de uma decisão, portanto, menor a eficácia desse tribunal. Isso porque as decisões passam a depender menos do consentimento das partes e mais das sanções impostas pelo tribunal internacional no caso de violação do direito internacional (GUZMAN, 2008a, p. 53 - 54; GUZMAN, 2008b, p. 210 - 212 e 214 - 215).

Ademais, um problema da delegação de autoridade diz respeito ao nível de independência dos juízes internacionais,¹⁵ vulneráveis à pressão exercida, por exemplo, pelos tribunais nacionais, para o cumprimento das normas e decisões internacionais, o que dificulta, ao invés de facilitar, a cooperação internacional (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 76 - 77 e 85 - 87).

Desse modo, conquanto valiosa, a partir da produção de um tipo específico de informação, os tribunais internacionais são apenas uma das ferramentas disponíveis à comunidade internacional para a solução dos conflitos internacionais. Muitas vezes não basta o caráter obrigatório do cumprimento de suas decisões mediante ameaça ou imposição efetiva de sanções,¹⁶ é necessário associar à violação do direito internacional os custos reputacionais,¹⁷ ou seja, a percepção de que o Estado violador não honra os compromissos internacionais assumidos, o que reduz o interesse de cooperação internacional por parte dos demais Estados, e os custos de reciprocidade, isto é, o risco futuro de que os demais Estados tenham a mesma conduta do violador, quando em posições inversas. Um Estado racional somente cumprirá uma decisão de um tribunal internacional quando lhe for mais vantajoso cumpri-la do que descumpri-la. Portanto, como a função principal de um tribunal internacional é fornecer informação, a sua efetividade não pode ser avaliada sem se considerar como essa informação é produzida e como os Estados reagirão a ela (GUZMAN, 2008a, p. 54; GUZMAN, 2008b, p. 171, 189, 198 e 234 - 235).

¹⁵ A teoria da escolha pública questiona a independência e as motivações dos juízes, posto que o judiciário também sofre as mesmas pressões exercidas sobre o legislativo e o executivo (ROEMER, 2000, 70).

¹⁶ Realmente, não há uma relação direta entre a efetividade dos tribunais internacionais e os mecanismos de coerção das suas decisões (VARELLA, 2013, p. 382).

¹⁷ Em contraponto, os benefícios excedem os custos dos tribunais internacionais independentes, porquanto aumentam a credibilidade, o valor e o cumprimento dos compromissos internacionais ao criarem não apenas ônus materiais, senão reputacionais, para os casos de violação e, assim, incentivarem o cumprimento futuro (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 904 - 905).

Nesse diapasão, o que justifica a conformidade de um Estado a um sistema de solução de conflitos internacionais é a definição de uma estrutura de incentivos com custos transacionais capaz de tornar o cumprimento eficiente, ou seja, mais vantajoso aos Estados cooperarem (HASTREITER; WINTER, 2015, p. 274; GUZMAN, 2002, p. 1829, 1872 e 1886).

Dessa maneira, diferentemente das sociedades domésticas, muitas vezes os custos de tribunais internacionais com jurisdição compulsória excedem os eventuais benefícios da produção e da implementação de políticas comuns, sendo mais conveniente um sistema jurídico internacional carente de coerção (BRADLEY; KELLEY, 2008, p. 27; DUNOFF; TRACHTMAN, 1999, p. 26 e 32).

Por isso, até mesmo para preservar o direito e as instituições internacionais, é preciso reconhecer os limites do judiciário internacional nas relações internacionais, ainda muito dependentes da diplomacia (ALTER, 2003, p. 796).

Em resumo, os efeitos da adjudicação das controvérsias internacionais por tribunais internacionais independentes são, quando não contraproducentes, marginais para o cumprimento e a efetividade do direito internacional. Isso não significa que o judiciário internacional não desempenhe papel algum na indução ao cumprimento das normas internacionais, mas simplesmente que esse papel é menor do que gostariam os acadêmicos do direito internacional e a interpretação equivocada desse fato pode, ao invés de contribuir, comprometer os esforços de cooperação internacional.

2.3. As medidas coercitivas

Em certas ocasiões, devido à influência de fatores não jurídicos, na complexa equação que determina as ações estatais, as normas internacionais são apenas uma variável entre outras tantas, conseqüentemente desempenham um papel relativo na determinação das ações estatais. Todavia, se essa assertiva é válida, o inverso dela também deve estar igualmente correto, ou seja, quando os fatores não jurídicos são neutros, a solução de conflitos por meio de processos jurídicos é decisiva para a conformidade estatal com o direito internacional (MACLEAN, 1989, p. 62, 69 - 70 e 75).

Em cenários cooperativos, com baixos custos transacionais, o direito fornece as condições necessárias para uma transação efetiva, ou seja, o remédio jurídico é eficiente, pois permite às partes avaliarem os custos da conformidade. Todavia, em cenários não cooperativos, somente com a imposição de sanções é possível superar os benefícios da violação do direito internacional, portanto, para a eficácia das normas internacionais, os mecanismos coercitivos não

são irrelevantes (VÁZQUEZ, 1996, p. 150; COOTER; ULEN, 2016, p. 102, nota 22; GUZMAN, 2002, p. 1865 - 1866).

E mesmo que se considere que as sanções em si não desempenham um papel significativo na promoção do cumprimento, os benefícios dos mecanismos coercitivos muitas vezes compensam os eventuais efeitos negativos. De fato, a efetividade de todos os outros métodos de cumprimento depende da existência de ameaças de imposição de penalidades ou da sua utilização efetiva como um “último recurso”. Isso explica porque os regimes internacionais buscam, além da persuasão, a coerção, a exemplo do comércio internacional, por meio da retaliação, isto é, da negação de preferências comerciais (WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 547 - 549; KELLY, 2001, p. 703 - 704).

Entretanto, a capacidade dos mecanismos sancionatórios de induzirem, por si só, o cumprimento das normas internacionais é apenas parte de uma história, em que, muitas vezes, a razão que leva os Estados a se conformarem às normas internacionais é outra. Portanto, a seguir, investiga-se o que há além da coerção.

3. OS NOVOS MECANISMOS

3.1. As medidas não coercitivas

O aumento da efetividade do sistema jurídico internacional e das suas interações com os sistemas jurídicos nacionais e com os novos regimes jurídicos privados apontam para um cenário de maior cogência do direito internacional. Todavia, além dos mecanismos coercitivos, os mecanismos discursivos e de legitimidade e justiça influenciam o cumprimento do direito internacional. Assim, o conceito de sanção torna-se cada vez menos central na definição da norma jurídica internacional (VARELLA, 2013, p. 242 - 243, 255, 365 e 418; KELLY, 2001, p. 698).

Dessa forma, diante de suas várias funções expressivas — de comunicação, de valores, de justificação e de legitimação —, o direito internacional não se reduz à função repressiva, controladora e sancionadora (DELMAS-MARTY, 2003, v. I, p. 235). A “função promocional do direito” compreende o papel desempenhado pelo direito, entre outros fatores, na multiplicação de “sanções positivas”, ou seja, incentivos e benefícios destinados a recompensarem comportamentos

que estejam em conformidade, em vez de punições¹⁸ voltadas a penalizarem condutas ilícitas (BOBBIO, 1977, p. 13 - 22).

Dessa forma, ao lado das medidas coativas e dos instrumentos jurídicos vinculativos das instituições internacionais, há outras estratégias eficazes de indução ao cumprimento, como a persuasão de “incentivos positivos”¹⁹, isto é, mecanismos de recompensa, a partir de incentivos financeiros e diplomáticos, e de monitoramento (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 91; WEISS, 1999, p. 1569).

Com efeito, mesmo quando eficaz, uma medida de coação implica inconvenientes de longo prazo, porque é capaz de mudar condutas, não de motivá-las. Portanto, o papel da coerção no sistema jurídico internacional, especificamente, a aplicação coercitiva das normas internacionais, deve ser relativizado, pois não se trata de uma condição necessária, tampouco suficiente para a cooperação internacional (SPAIN, 2009, p. 844; DOWNS, 1998, p. 343; BURLEY, 1993, p. 221).

Mais voltado a evitar o descumprimento, o amplo processo de conformidade é composto, em parte, por medidas formais sancionatórias destinadas a situações específicas. Portanto, enquanto os mecanismos de coordenação beneficiam todos os participantes de um regime internacional, os mecanismos de competição oferecem pelo menos uma razão para o descumprimento das normas internacionais (WEISS, 1999, p. 1563 - 1564; KELLY, 2001, p. 695 e 699 - 700).

Nessa esteira, num contexto de crescente complexidade do direito internacional, é conveniente não apenas distinguir entre si os mecanismos de cooperação e de confrontação, mas principalmente entender que o descumprimento das normas internacionais ocorre mais por questões, por exemplo, de custo e benefício, que escapam da lógica do direito internacional tradicional.²⁰

Em verdade, há uma relação de complementação entre os elementos de conflito e de cooperação na gênese do próprio direito internacional, todavia, os mecanismos coercitivos pressupõem, ao invés de afastarem, o descumprimento das normas internacionais, enquanto o cumprimento das normas internacionais, propriamente dito, ocorre mais em virtude dos incentivos

¹⁸ Na gênese do sistema jurídico, uma transgressão tem menos a ver com punir o culpado do que com restaurar a harmonia da ordem (OST, 1994, p. 148 - 149). No mesma medida, é possível afirmar que o recurso à violência física não é o principal valor de um sistema jurídico (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 259).

¹⁹ Dentro de cada Estado, os incentivos positivos devem alcançar os seguintes objetivos: (i) encorajar a coordenação dos ministérios entre si e entre as agências, eliminando qualquer forma de corrupção; (ii) estimular as organizações no plano não estatal; (iii) disseminar informações; (iv) promover conhecimentos e treinamentos das comunidades locais e regionais; (v) construir capacidade e experiência técnica e administrativa; tudo, cuidadosamente modelado a fim de fomentar os setores públicos e privados, garantindo os benefícios de longo prazo e, assim, o cumprimento das normas e decisões internacionais (WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 551).

²⁰ O estudo feito pelo autor foca o direito ambiental internacional, contudo, pode ser aplicado de forma geral ao direito internacional (WOLFRUM, 1998, p. 30 - 32, 101, 146 e 151).

políticos e econômicos do que de qualquer função repressora do direito mediante a imposição de sanções.

De fato, o poder de sancionar não é fundamental no direito internacional, pois, em diferentes áreas, do comércio internacional aos direitos humanos e ao meio ambiente, quanto mais coercitivo for um mecanismo de indução ao cumprimento das normas internacionais, menos propensos a cumpri-lo serão os Estados, salvo se forem compensados por isso (ALTER, 2008, p. 74; HATHAWAY, 2005, p. 514 - 519).

A natureza jurídica dos instrumentos de indução à conformidade e a delegação de poderes a organismos internacionais dependem de quanto incentivo os Estados têm à violação do direito internacional, conseqüentemente, variam de acordo com o tipo de cooperação internacional. A título ilustrativo, nos acordos relativos ao comércio internacional, a cogência normativa associa-se a órgãos de aplicação do direito, como ocorre no OSC/OMC; naqueles pertinentes ao controle de armas nucleares (envolvem a existência do Estado), observam-se normas cogentes e ausência de delegação; finalmente, as questões ambientais internacionais são marcadas por grande flexibilidade (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 73 - 75).

No universo do direito internacional, os interesses estatais motivados por diferentes *lobbies* domésticos, não se limitam às vantagens econômicas suscitadas pelas políticas comerciais, contudo, é possível identificá-los e reconhecer que, conquanto diversos e mutáveis ao longo do tempo, serão influenciados por normas e decisões internacionais. A própria ideia de reciprocidade é complexa e permite uma barganha entre valores comerciais e não comerciais. O mesmo se diga sobre o cumprimento das normas internacionais mediante medidas retaliatórias e não retaliatórias (TRACHTMAN, 2013, p. 50 - 52 e 55 - 56).

Ademais, os mecanismos destinados a promover mudanças comportamentais devem ser ajustados à intenção e à capacidade dos Estados de cumprirem as normas e decisões internacionais. Destarte, os incentivos positivos são mais adequados aos Estados (mormente os mais pobres) que têm a intenção, porém não a capacidade, de cumprir, enquanto as medidas coercitivas funcionam melhor para os Estados (geralmente os mais ricos) que não têm (ou têm pouca) intenção de cumprir, todavia, grande capacidade de fazê-lo (WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 549 - 551).

Diante disso, existem algumas estratégias facilitadoras do cumprimento do direito internacional, como a atribuição gradual de níveis diferenciados de coercitividade às normas internacionais e de compromissos a Estados, quando é difícil determinar, num primeiro momento, as intenções e as capacidades estatais de contratualização e execução das normas internacionais. Desde que não sejam interrompidas prematuramente e os custos sejam compensados por

benefícios, essas medidas podem reduzir incertezas quanto aos resultados práticos e produzir efeitos mais eficazes (HATHAWAY, 2005, p. 531; HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 78 - 79, nota 171).

Realmente, há grande variação quanto ao uso de instrumentos jurídicos em relação à natureza da cooperação que se pretende estabelecer. Contudo, partindo do pressuposto de que o cumprimento do direito internacional depende, grosso modo, da intenção e da capacidade do Estado de cumprir, os mecanismos coercitivos corrigem desvios volitivos estatais, tais como comportamentos oportunistas, enquanto os mecanismos não coercitivos dão aos Estados condições de se conformarem às normas internacionais. Assim, a coerção não é o único remédio, e muitas vezes, nem mesmo o mais adequado. Em todos os casos, iniciativas incrementalistas e pautadas pela ideia de custo e benefício são sempre bem-vindas.

3.2. A reputação

Em algumas situações é possível a imposição de sanções reputacionais para se alcançar resultados mais eficientes.²¹ Ilustrativamente, em um jogo com vários jogadores, múltiplas rodadas e ônus de reputação por um eventual descumprimento das regras do jogo, a possibilidade de punição futura aumenta a probabilidade de conformidade, isto é, os benefícios imediatos não superam os custos por vir. Devido à complexidade das relações internacionais, as sanções mais efetivas são as bilaterais diretas ou reputacionais, exatamente como ocorre no sistema de solução de controvérsias da OMC (GUZMAN, 2002, p. 1868 - 1872; GUZMAN, 2008a, p. 44 - 45).

Assim sendo, as rupturas de uma estrutura de cooperação internacional implicam, além de punições diretas (retaliações), custos de reputação,²² que desincentivam o descumprimento das normas internacionais, independentemente dos mecanismos coercitivos, ao afetar a capacidade estatal de assumir compromissos futuros (HASTREITER, 2015, p. 274; GUZMAN, 2002, p. 1845 - 1846; GUZMAN, 2008a, p. 35 e 40).

²¹ As redes heterárquicas reputacionais substituem as hierarquias organizacionais tradicionais dos tribunais, na medida em que a observação “horizontal” recíproca das cortes arbitrais compensa a falta de uma estrutura judiciária “vertical” institucionalizada, a exemplo da crescente influência dos “Três Grandes” da arbitragem internacional — Câmara de Comércio Internacional de Paris, United States Claim Tribunal e Centro Internacional para Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial (BM) (TEUBNER, 1997a, p. 15). Em que pese grandes diferenças entre ambas, o impacto do cumprimento de uma decisão internacional, seja ela judicial ou arbitral, é o mesmo (SIMMONS, 2002, p. 831 e 836, nota 26).

²² Considerando que os mecanismos retaliatórios são também onerosos aos Estados que os impõem, além de avisar ao Estado violador, e eventualmente aos demais, que violações (cometidas ou que se pretende cometer) não serão impunemente toleradas, utilizar a retaliação implica majorar os custos reputacionais do violador e, assim, induzi-lo, bem como aos demais, ao cumprimento das obrigações. Portanto, é muitas vezes ténue a linha que separa as sanções diretas das reputacionais, pois o Estado que aplica sanções diretas aceita um custo hoje na esperança de um benefício maior no futuro, isto é, operam forças análogas às reputacionais (GUZMAN, 2008a, p. 46 - 48).

A coerção influencia o comportamento dos Estados,²³ porém, o cumprimento do direito internacional não é motivado exclusivamente pela ameaça ou a aplicação efetiva de sanções jurídicas diretas mediante mecanismos de retaliação.²⁴ Desde preocupações reputacionais até o receio de comportamentos recíprocos dos outros Estados,²⁵ as reações domésticas e transnacionais, muitas vezes, levam os Estados a não violarem o direito internacional, mesmo na ausência da aplicação soberana de sanções formais por um poder coercitivo central. Em virtude dos benefícios explícitos e implícitos, que vão da ajuda externa ao apoio político, as normas internacionais produzem “efeitos colaterais” reputacionais, por exemplo, um Estado demonstrar aos demais tratar-se de um parceiro confiável (HATHAWAY, 2005, p. 491 - 494 e 502 - 506).

Dessa maneira, mediante efeitos reputacionais, o direito internacional modifica os comportamentos estatais, pois as vantagens imediatas de um eventual descumprimento tornam-se menos atrativas. A boa ou a má reputação de um Estado decorre da sua decisão de cumprir ou descumprir uma obrigação internacional, portanto, os comportamentos estatais pretéritos geram expectativas sobre comportamentos futuros, o que implica, em termos de iniciativas futuras de cooperação internacional, tanto benefícios quanto custos reputacionais (GUZMAN, 2008a, p. 33 - 34, 38, 40, 42 e 69).

Devido aos efeitos reputacionais, uma decisão de violar o direito internacional maximiza ganhos hoje, contudo, minimiza-os amanhã. Essa lógica permite aos Estados ajustarem interesses de longo prazo e assegura o cumprimento das normas internacionais, apesar da tibieza dos mecanismos coercitivos do direito internacional. Entretanto, o valor dessa garantia varia de acordo com (i) o Estado com que se negocia; (ii) a clareza e a precisão do conteúdo da norma

²³ Embora os juristas não gostem de admitir, o direito é um entre outros elementos – a exemplo dos mecanismos de reputação, responsáveis por mudanças efetivas de comportamento –, não é o principal. Nas corporações internacionais, os fatores cruciais são: a mídia, o conhecimento dos especialistas, o poder político, a pressão social da opinião pública (protestos da sociedade civil, de ONGs a sindicatos) e os incentivos e as sanções econômicas. A pressão econômica exercida por consumidores e investidores sobre as corporações é decisiva (TEUBNER, 2012, p. 94 - 96, 103 e 107 - 108).

²⁴ Não obstante assumam várias formas, geralmente as sanções diretas consistem em medidas de retaliação tomadas por um ou mais Estados contra um violador. Em alguns casos, toma a forma da decisão do Estado cumpridor de encerrar a sua própria conformidade com os termos do acordo, cujo benefício ao Estado cumpridor impõe um custo ao Estado violador. Em muitos desses casos, a simples ameaça de retaliação é suficiente para afastar uma violação, em outros, no entanto, mesmo a revogação do tratado não evita uma violação e, mais importante, não é uma sanção ideal (GUZMAN, 2002, p. 1866 - 1867 e 1868, nota 154).

²⁵ O direito internacional é um tipo especial de cooperação com características peculiares. As normas internacionais são ferramentas que: (i) estabelecem o equilíbrio; (ii) preenchem grande parte das obrigações estatais; (iii) estipulam mecanismos para os casos de violação, a exemplo da retaliação. Dessa maneira, os Estados aceitam que a designação jurídica e o sentido geral de legalidade internacional favorecem fortemente os quadros de conformidade, enquanto o desrespeito a uma norma compromete ou enfraquece todo o sistema jurídico internacional. Consequentemente, os Estados cumprem o direito internacional, a fim de promoverem o mesmo comportamento nos demais e de não serem passíveis de mecanismos retaliatórios (TRACHTMAN, 2013, p. 32 - 33 e 54).

internacional;²⁶ (iii) o contexto, cujas condições justificam eventuais violações; (iv) o decorrer do tempo, capaz de mudar os comportamentos estatais. Em alguns casos, que envolvem questões de grande importância nacional ou de sensibilidade internacional, os efeitos produzidos pela reputação não são suficientes, numa análise de custo-benefício, para incentivar a conformidade estatal, ou seja, o descumprimento do direito internacional produz ganhos de curto prazo superiores aos de longo prazo. Em outros casos, é reduzido o papel da reputação em um regime que permite a compensação e em que um Estado violador compensa integralmente os demais. Em todos esses casos, tão importante quanto o compromisso internacional são os níveis de comprometimento e a quantidade de reputação empenhada. Diante disso, não há uma relação causal entre os efeitos reputacionais e a conformidade estatal às normas internacionais, em outras palavras, a reputação não atua como uma força independente para o cumprimento do direito internacional (GUZMAN, 2002, p. 1849 - 1850, 1853, 1856 - 1859, 1873, 1861 - 1865 e nota 170).

Outrossim, em que pesem as preocupações dos Estados quanto aos benefícios reputacionais afetarem positivamente o cumprimento do direito internacional, há casos em que a dificuldade para se obter informações e a falta de mecanismos de monitoramento efetivo²⁷ das práticas estatais deixam os Estados livres da pressão dos atores domésticos e transnacionais para o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos.²⁸ Se os Estados puderem auferir os benefícios da violação do direito internacional sem serem responsabilizados, sequer identificados, por isso, não se sentirão estimulados a cumprir as normas internacionais. Nessas situações, o benefício reputacional não impacta a conformidade do comportamento estatal ao direito internacional (HATHAWAY, 2005, p. 507 - 511, 525 - 528 e 533 - 535).

Na verdade, os efeitos reputacionais possuem limites e, nas mais importantes questões do direito internacional, de nada adianta aumentar os custos de reputação pelo descumprimento dos compromissos internacionais (PUTNAM, 1988, p. 439; GUZMAN, 2002, p. 1828 - 1829, 1873 e 1883 - 1887).

²⁶ A vagueza dos termos de um acordo não necessariamente enfraquece o seu cumprimento, todavia, é difícil ocorrer o cumprimento de obrigações imprecisas. Na melhor das hipóteses, faz os Estados que não as conseguiram cumprir, acreditar que conseguiriam (WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 525).

²⁷ O monitoramento é essencial para aumentar a conformidade com as normas internacionais. A título de exemplo, os relatórios são uma ferramenta pedagógica útil para orientar os Estados sobre as ações que devem tomar, no entanto, são também uma ferramenta crítica, pela qual os Estados podem não estar dispostos a relatarem as suas próprias falhas. Isso sugere que o valor dos relatórios como instrumento de monitoramento do comportamento estatal depende de uma revisão independente. Além disso, os relatórios estatais padecem de um problema de “congestionamento”, que leva os funcionários nacionais a dispenderem mais tempo com a sua elaboração do que com a implementação dos acordos, especialmente nos Estados com escassos recursos (WEISS, 1999, p. 1573 - 1575).

²⁸ Essas incertezas quanto às preferências, bem como quanto aos problemas no monitoramento e no controle do cumprimento das normas internacionais, conduzem a um regime jurídico internacional em que as violações sejam punidas de forma irregular e, muitas vezes, desproporcional (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 69).

Dessa maneira, as vantagens materiais e imateriais podem prevalecer sobre a mecânica dos efeitos reputacionais para o direito internacional, conforme o conteúdo, a extensão e o alcance das benesses auferidas pelos Estados pelo descumprimento das normas internacionais, passível de ser compensado (ou mesmo de sequer ser constatado), o que minimiza (ou até neutraliza) os custos reputacionais incidentes em um momento inicial.

3.3. A legitimidade, a aculturação, a socialização e a persuasão

A fim de entender a dinâmica do cumprimento do direito internacional, alguns acadêmicos enfatizam a legitimidade²⁹ como um ponto de coordenação eficiente; outros, como uma questão de obrigação moral, a partir do papel central das organizações internacionais,³⁰ focam a capacidade estatal de estabelecer normas internacionais percebidas como legítimas em contraponto à força bruta nas relações internacionais (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 59).

A força moral e a legitimidade das normas de um regime jurídico internacional engendram processos de aprendizagem, aculturação, socialização e persuasão, no âmbito das organizações internacionais, a partir das expectativas e identidades culturais dos membros da comunidade internacional, que fornecem informações aos atores domésticos, transformam o debate político nacional e suscitam novas prioridades capazes de influenciar, indiretamente, os formuladores de políticas públicas estatais a adotarem posições políticas comuns, em que o desenvolvimento e o cumprimento de normas internacionais passa a ser do interesse dos Estados (BANKS, 2011, p. 78 - 80).

Na maioria das vezes, o descumprimento não deve ser visto a partir de uma perspectiva dicotômica e simplista entre, deliberada e abertamente, cumprir ou descumprir uma norma internacional, porém, como um comportamento inerente à ação internacional dos Estados, portanto, que deve ser revertido, não pela imposição de medidas formais e informais de coerção econômica e militar, que tendem a ampliar as tensões entre os envolvidos, ao contrário, mediante processos políticos e jurídicos internacionais de assistência técnica e financeira e de solução de

²⁹ O termo “legitimidade” pode ser definido como o aspecto da governança decorrente do processo jurídico descrito na constituição ou no costume e na tradição de um Estado, que valida as decisões institucionais e torna mais provável uma “atração ao cumprimento do direito” àqueles a quem é dirigido (FRANCK, 1999, p. 01). Ademais, a legitimidade depende não apenas do seu processo de produção ou dos conceitos que consagra, mas também das intenções dos atores envolvidos (HALLING, 2009, p. 258).

³⁰ As organizações internacionais, particularmente os órgãos de solução de conflitos internacionais, não dependem do seu poder de cogência, ou seja, da respectiva sanção internacional por eventual violação das suas normas e decisões, mas da sua legitimidade, isto é, da capacidade de induzir a adoção de soluções comuns pelo convencimento (VARELLA, 2013, p. 90 - 91; TEUBNER, 1997a, p. 15).

controvérsias, capazes de verdadeiramente persuadir os atores a cumprirem um compromisso internacional (CHAYES; CHAYES; MITCHELL In: WEISS; JACOBSON, 1998, p. 39 - 42, 58 e 62).

O cenário internacional é permeado de incertezas, por isso, tanto os atores internacionais, quanto os internos, são, invariavelmente, persuadidos por determinadas ideias, principalmente, no que diz respeito às negociações econômicas (PUTNAM, 1988, p. 455 - 456).

As instituições jurídicas internacionais são criações políticas oriundas de processos sociais descentralizados baseados na persuasão. Os estudiosos dos mecanismos de aculturação, socialização e persuasão destacam o papel peculiar da retórica nas relações internacionais. Com efeito, as preferências dos atores internacionais, em boa parte dos casos, estão ligadas à argumentação jurídica, porquanto as questões devem ser definidas e emolduradas juridicamente (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 57 e 61 - 62).

Todavia, diante das principais questões a respeito da conformidade, essas teorias não conseguem explicar a importância da legitimidade para o cumprimento do direito internacional. A ideia de que haja entre a legitimidade e o cumprimento uma relação, a um só tempo, de causa e efeito, não é o resultado de um estudo empírico, capaz de formar um modelo teórico geral sobre a conformidade, na verdade, não passa de uma mera observação do comportamento dos Estados, a partir das qualidades das normas em si (RAUSTIALA; SLAUGHTER In: CARLNAES; RISSE; SIMMONS, 2002, p. 541; GUZMAN, 2002, p. 1834 - 1835).

Em resumo, embora mais capaz de descrever do que empiricamente explicar, a legitimidade das normas internacionais impacta a conformidade das condutas estatais a partir de processos de aprendizagem pautados pela aculturação, socialização e persuasão, no âmbito de regimes internacionais, responsáveis por criarem novas prioridades, a partir de expectativas e identidades culturais, e, assim, convencerem os seus participantes a adotar posições políticas comuns, o que contribui para o cumprimento das normas internacionais.

Com efeito, para o cumprimento do direito internacional, a persuasão é mais eficaz do que a coerção. Muitas vezes, os Estados são persuadidos por padrões normativos definidos por organismos internacionais, a partir de soluções bem-sucedidas experimentadas por alguns Estados e reproduzidas para os demais, principalmente, em relação às questões de segurança e bem-estar econômico (BARADARAN; FINDLEY; NIELSON; SHARMAN, 2013, p. 757 - 759).

Dessa maneira, os esforços coletivos de elaboração e aplicação conjunta de ideias, tecnologias³¹ e procedimentos, a partir de uma rede internacional de exportação e importação de modelos de políticas regulatórias, são responsáveis pelo aprofundamento da cooperação internacional (RAUSTIALA, 2002, p. 63 - 65, 68 - 70, 83, 85 e 90).

A necessidade de resolverem os mesmos problemas internacionais leva os Estados, a partir de um debate internacional,³² a tomarem medidas semelhantes em casos concretos, cuja eficácia da “transposição de soluções jurídicas” é inversamente proporcional ao ambiente coercitivo de sua implementação (VARELLA, 2013, p. 89; BERKOWITZ; PISTOR; RICHARD, 2001, p. 02 - 03).

Calcado na globalização do direito, a eficácia do empréstimo de soluções jurídicas estrangeiras — ideias, conceitos, normas, instituições e estruturas jurídicas — depende de quais normas serão transplantadas, de onde, e para onde. Os valores extrínsecos ao direito; dentre eles, destacam-se os fatores políticos, culturais, sociais, simbólicos, econômicos e reputacionais; são mais relevantes na disseminação transnacional e transfronteiriça do direito, conseqüentemente, para a adoção de comportamentos semelhantes,³³ bem como de soluções parecidas para problemas sobre temas centrais e que atingem diretamente os Estados (VALDERRAMA, 2003, p. 263 - 265 e 267 - 268).

O direito internacional possui mecanismos, inclusive coercitivos, capazes de afetar o comportamento dos Estados. Entretanto, a ideia de que a relevância do direito reside exclusivamente na ameaça e no exercício da coerção física imposta por instituições burocráticas prejudica a compreensão de como as normas internacionais são capazes de afetar os comportamentos estatais, pois concebe, de forma excessivamente estreita, a aplicação do direito em si. Muitas vezes, há uma “coerção exteriorizada”, isto é, o cumprimento das normas internacionais motivado não pela força bruta, mas pela efetiva exclusão de um regime internacional³⁴ — em diferentes áreas, dos direitos humanos ao comércio internacional —, ou seja,

³¹ A título de exemplo, as novas tecnologias de informação permitiram que, por meio da rede mundial de computadores, os grupos de interesse domésticos pressionem, quase instantaneamente, os seus respectivos Estados (WEISS; JACOBSON In: _____; _____, 1998, p. 03).

³² Quanto mais próximas as ideias estiverem de um consenso, mais influentes internacionalmente elas serão (SCHAUER, 2000, p. 13). Entretanto, levando essa ideia a um ponto extremo, cujo sentido é contrário à tese desenvolvida no presente trabalho, a existência de um consenso normativo (*pacta sunt servanda*), e não de eventuais mecanismos de indução, é a principal responsável pelo cumprimento de um tratado (CHAYES; CHAYES; MITCHELL In: WEISS; JACOBSON, 1998, p. 42).

³³ Muitos Estados cumprem normas que não gostariam de cumprir com base na reciprocidade, ou seja, no comportamento dos demais Estados (JACKSON, 2000, p. 07).

³⁴ Um regime é capaz de mudar as preferências estatais de maneira que a conformidade passa a ser a própria recompensa (KELLY, 2001, p. 697).

pelo “isolamento” de um Estado, que o priva dos benefícios da cooperação (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 255 - 261).

Num mundo interdependente, em que o sistema jurídico internacional é responsável pela transformação gradual das identidades mesmo dos Estados mais impermeáveis à influência externa,³⁵ o cumprimento do direito internacional deve-se mais à possibilidade de perda de eventuais benefícios decursivos das relações internacionais do que da aplicação de sanções externas (KOH, 1996, p. 203 - 204 e 205; KOH, 1998, p. 629, 641 - 642, 654 e 676).

4. CONCLUSÃO

Motivada pela construção de padrões internacionais e de identidades estatais, fruto de interações globais e domésticas e dos interesses dos próprios Estados, vislumbra-se uma nova complexidade internacional, caracterizada pelo aumento da previsibilidade e da redução dos custos de transação nas relações internacionais, em que as normas, sejam ou não interestatais, apresentam-se mais densas e efetivas, inclusive com mecanismos coercitivos de aplicação e controle das atividades dos Estados, e os tribunais internacionais reforçam suas capacidades de adjudicação das disputas, com jurisdição compulsória e poder de revisão dos atos domésticos administrativos e legais. O primado do direito internacional veste-se do império do direito interno, na medida em que as mudanças do direito internacional reproduzem-se nos direitos domésticos, atribuindo um caráter obrigatório e vinculativo aos compromissos jurídicos internacionais, o que corrobora o seu cumprimento, em forma de políticas públicas, atos legais e decisões judiciais internas.

Todavia, os mecanismos de execução nacionais majoram os custos de cumprimento do direito internacional, sem necessariamente torná-lo mais efetivo, senão mais oneroso e, portanto, menos atrativo para os Estados. Mimetizar internamente normas internacionais é um procedimento hierárquico e estático, da mesma forma que, a indução ao cumprimento de decisões de órgãos de um sistema compulsório de solução de conflitos internacionais depende das vantagens tributadas pelos Estados, por isso, quando os custos excedem os benefícios, os Estados simplesmente rechaçam um cumprimento ineficiente. Ambos os expedientes coercitivos são, primordialmente, voltados a afastar o descumprimento, portanto, incapazes de traduzir em sua completude a complexidade do fenômeno do cumprimento jurídico internacional. Destarte, consoante o assunto travado em dado regime internacional — do controle de armas à proteção

³⁵ De um polo a outro, entre dominantes e dominados, os Estados celebram tratados para influenciarem ou por serem influenciados, quer seja pelo exercício da liderança, quer seja pela pressão sofrida (WEISS, 1999, p. 1559).

ambiental, passando pela liberalização comercial — e com a intenção e a capacidade de um Estado de cumprir, os incentivos positivos são mais idôneos do que as medidas coercitivas.

Ademais, a efetividade do direito internacional deve-se não somente aos mecanismos repressivos, internos ou externos, de imposição do cumprimento obrigatório de suas normas e das decisões de seus tribunais, bem como às sanções reputacionais deles decorrentes, senão à legitimidade estabelecida pelos mecanismos de incentivo à conformidade, responsável por um processo de aprendizagem, aculturação, socialização e persuasão, que forma a identidade dos atores e influencia as decisões tomadas pelos formuladores de políticas públicas internacionais. É sem dúvida relevante o papel da retórica e da argumentação jurídica nas relações internacionais a respeito tanto da definição de agendas e preferências dos atores, quanto do cumprimento das normas internacionais.

REFERÊNCIAS

ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 37 - 76. 2008.

_____. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. **International Affairs**, v. 79, n. 4, p. 783 - 800. 2003.

BAHDI, R. **Globalization of judgment**: transjudicialism, international human rights law and commonwealth courts. 2001. 170 f. Thesis for degree of LL.M. Graduate Department of Law of the University of Toronto, Toronto.

BANKS, Kevin. Trade, labor and international governance: an inquiry into the potential effectiveness of the new international labor law. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, p. 45 - 142. 2011.

BARADARAN, Shima; FINDLEY, Michael; NIELSON, Daniel; SHARMAN, J. C. Does international law matter? **Minnesota Law Review**, v. 97, n. 3, p. 743 - 837. 2013.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. **William Davidson Working Paper Number 410**, p. 01 - 29. 2001

BOBBIO, N. **Dalla struttura alla funzione**: nuovi studi di teoria del diritto. Milan: Comunita, 1977.

BRADLEY, Curtis A.; KELLEY, Judith. The concept of international delegation. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, n. 1, p. 01 - 36. 2008.

BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205 - 239. 1993.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 39 - 62.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Berkeley Law Books, 2016. 555 p.

DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel**. Paris: Seuil, 2003, v. I.

DOWNS, George W. Enforcement and the evolution of cooperation. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 319 - 344. 1998.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 01 - 60. 1999.

FRANCK, Thomas M. Democracy, legitimacy and the rule of law: linkages. **NYU Law School, Public Law and Legal Theory**, Working Paper No. 2, p. 01 - 20. 1999.

GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1823 - 1887. 2002.

_____. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. 260 p.

_____. International tribunals: a rational choice analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 1, p. 171 - 235. 2008.

HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 47 - 97. 2012.

HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 237 - 270. 2009.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 262 - 282. 2015.

HATHAWAY, Oona A. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 469 - 536, jan. 2005.

_____; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. **The Yale Law Journal**, v. 121, p. 252 - 349. 2011.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **Yale Law Journal**, v. 107, n. 2, p. 273 - 392. 1997.

_____; _____. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 899 - 956. 2005.

JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations**. New York: Cambridge University Press, 2000. 497 p.

KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 734. 2001.

KOH, Harold Hongju. Jefferson memorial lecture: transnational legal process after september 11th. **Berkeley Journal of International Law**, v. 22, n. 3, p. 337 - 354. 2004.

_____. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. **Houston Law Review**, v. 35, n. 3, p. 623 - 682. 1998.

_____. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 181 - 207. 1996.

_____. Why do nations obey international law? **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 2101, v. 106, p. 2599 - 2659. 1997.

MACLEAN, Robert M. The proper function of international law in the determination of global behavior. **Canadian Yearbook of International Law**, v. 27, p. 57 - 80. 1989.

MCGUINNESS, Margaret E. Exploring the limits of international human rights law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 34, n. 2, p. 393 - 422. 2006.

OST, François. **Legal system between order and disorder**. Oxford: Oxford University Press, 1994. 192 p.

POSNER, Eric A; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. **California Law Review**, v. 93, n. 1, p. 01 - 74. 2005.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 427 - 460. 1988.

RAUSTIALA, The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 01 - 92. 2002.

_____; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538 - 558.

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. 2. ed. México: ITAM, 2000.

SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. **CID Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2**, p. 01 - 22. 2000.

SHANY, Yuval. Assessing the effectiveness of international courts: a goal-based approach. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 2, p. 225 - 270. 2012.

SIMMONS, Beth A. Capacity, commitment, and compliance: international institutions and territorial disputes. **Journal of Conflict Resolution**, v. 46, p. 829 - 856. 2002.

_____. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 75 - 93. 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A liberal theory of international law. **American Society of International Law Proceedings**, v. 94, p. 240 - 248. 2000.

SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. **Georgetown Journal of International Law**, v. 40, p. 807 - 864. 2009.

TEUBNER, G. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012. 213 p.

_____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 01 - 22.

_____. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31, n. 4, p. 763 - 787. 1997.

TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 167 p.

VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 2, p. 261 -276. 2003.

VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. **Revista Direito GV**, v. 19, n. 1, p. 53 -68. 2014.

_____. **Internacionalização do direito**. Brasília: UniCEUB, 2013. 500 p.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 143 – 152, out. 1996.

WEISS, Edith Brown. Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths. **University of Richmond Law Review**, v. 32, n. 5, p. 1555 - 1590. 1999.

_____; JACOBSON, Harold K. Assessing the record and designing strategies to engage countries. In: _____. **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Massachusetts: The Mit Press, 1998. p. 511 - 554.

WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 272, p. 09 - 154, 1998.