

A REVIRAVOLTA EMPÍRICA NA DOCTRINA DO DIREITO INTERNACIONAL¹ // Gregory Shaffer e Tom Ginsburg

Palavras-chave:

pesquisa empírica / direito internacional

////////////////////////////////////

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **A Explicação da Reviravolta Empírica: críticas e algumas respostas**
- 3 **O Trabalho Transversal: concepção e papel dos instrumentos legais e tribunais**
 - 3.1 Estrutura e Natureza Legal do Instrumento: Direito Consuetudinário Internacional, Tratados, e Soft Law
 - 3.2 Tribunais Internacionais
- 4 **Estudos Empíricos em Áreas Substantivas do Direito Internacional**
 - 4.1 Direitos Humanos
 - 4.2 Como o direito internacional dos direitos humanos é produzido.
 - 4.3 Como e sob quais condições internacionais os direitos humanos são importantes.
 - 4.4 Direito Penal Internacional e Direito Humanitário
 - 4.5 Como o DIP e o DIH são produzidos.
 - 4.6 Como e em que condições DIP e DIH importam.
 - 4.7 Direito do Comércio Internacional
 - 4.8 Como o direito do comércio internacional é produzido.
 - 4.9 Como e em que condições as questões de direito da OMC são importantes
 - 4.10 Direito Internacional do Investimento
 - 4.11 Como o direito dos investimentos é produzido
 - 4.12 Como e em que condições o direito internacional dos investimentos é importante
 - 4.13 Direito Ambiental Internacional
 - 4.14 Como o direito ambiental internacional é produzido

- 5 **Construindo a Teoria Condicional do Direito Internacional**
- 6 **Conclusão**

Resumo*

Este artigo faz uma introdução e uma avaliação do novo movimento de pesquisa empírica em direito internacional. As pesquisas mais recentes na área têm mudado o foco do debate teórico sobre a relevância do direito internacional para o estudo sobre as condições em que o direito internacional é criado e produz efeitos. O amadurecimento dessa agenda de pesquisa tem favorecido uma teorização nova e intermediária, a qual denominamos de “teoria condicional do direito internacional”.

* Esta é uma versão traduzida do artigo publicado por Tom Ginsburg e Gregory Shaffer, “The Empirical Turn in International Legal Scholarship,” 106 *American Journal of International Law* 1 (2012). Versão autorizada pela *American Society of International Law*. A *American Society of International Law* não se responsabiliza, entretanto, pela tradução e não certifica a completa compatibilidade com a versão original. A tradução foi elaborada por Paulo Mendes Guedes, com revisão técnica de Nicole Fobe e Michelle Rattón Sanchez Badin.

THE EMPIRICAL TURN IN INTERNATIONAL LEGAL SCHOLARSHIP

// *Gregory Shaffer & Tom Ginsburg*

Keywords

empirical studies / international law

////////////////////

Abstract

This article presents and assesses a new wave of empirical research on international law. Recent scholarship has moved away from theoretical debates over whether international law “matters,” and focuses instead on exploring the conditions under which international law is created and produces effects. As this empirical research program has matured, it has allowed for new, midlevel theorizing that we call “conditional international law theory”.

Em agradecimento à American Society of International Law pela concessão da autorização de tradução deste artigo

Shape the Future of International Law



ASIL has allowed me to meet other lawyers with similar interests, but also exposed me to new issues of international law. ASIL offered me a space to share my ideas and build on them...[and] to be an active participant in international law.

Chiara Giorgetti
Assistant Professor,
University of Richmond
School of Law; formerly of
White & Case LLP

JOIN ASIL

The American Society of International Law is dedicated to fostering the study of international law and to promoting the establishment and maintenance of international relations on the basis of law and justice. Founded in 1906, it brings a 100-plus-year-old tradition of convening its diverse community, comprising nearly 4,000 members from more than 100 countries, to address the pressing international legal questions of the day. Its reputation for providing a forum for balanced, non-partisan, and rigorous analysis is unparalleled.

Benefits of Membership

- Scholarship and News
- Debate, Discussion, and Problem Solving
- Networking and Professional Development
- Education and Outreach

To take advantage of these and many other ASIL member benefits and to help shape the future of international law, join the world's leading association for scholars, practitioners, and students of international law.

Visit www.asil.org/membership to learn more and to join.



American Society
of International Law

*Serving International Lawyers.
Strengthening International Law.*

2223 Massachusetts Avenue, NW | Washington, DC 20008 | www.asil.org

1 Introdução

Há uma nova reviravolta empírica na doutrina do direito internacional. Valendo-se de décadas de trabalho de juristas e cientistas sociais, uma nova geração de estudos empíricos tem analisado como o Direito Internacional atua em diferentes contextos. O debate teórico acerca da relevância do Direito Internacional já foi superado. O que interessa agora é estudar as condições que levam à sua produção e manifestação. O Direito Internacional é fruto de forças e fatores específicos; ele alcança seus fins em condições determinadas. A tendência em torno de estudos empíricos tem crescido devido aos esforços de acadêmicos de várias disciplinas, sendo que os juristas têm desempenhado papéis centrais, tanto de forma independente como enquanto colaboradores, na produção de análises empíricas.¹ Os juristas têm sido também cada vez mais pressionados a consumir este tipo de estudo. É chegada a hora de fazer um balanço e avaliar esta nova geração multidisciplinar e multimetodológica da doutrina empírica do Direito Internacional.

A reviravolta empírica não está desvinculada da teoria, mas não costuma ter por objetivo a construção de grandes arcabouços teóricos. Em vez disso, ela se concentra em uma teorização intermediária das condições em que o Direito Internacional (DIN) é formado e nos efeitos gerados em diferentes contextos, objetivando explicar suas variações. Nós, portanto, chamamos essa reviravolta de *teoria condicional do DIN*. Ao construir uma teorização a partir de estudos em-

1 Respectivamente, Melvin C. Steen, Professor de Direito, University of Minnesota; e Leo Spitz, Professor de Direito Internacional, University of Chicago, e Professor Pesquisador, American Bar Foundation. Os autores agradecem a Karen Alter, Chad Bown, Marc Busch, Tim Büthe, Peter Cane, Christopher Drahozal, Herbert Kritzer, Jonathan Nash, Hari Osofsky, Mark Pollack, Tonya Putnam, Beth Simmons e Christopher Whytock pelos úteis comentários, e Ryan Griffin, Youssef Kalad, Claudia Lai, Kristen McKeown, Mary Rumsey e Carolyn Tan pelo excelente auxílio na pesquisa.

Esta honra foi concedida pelo prêmio de 2010 da *American Society of International Law* ao trabalho empírico precursor no campo do direito internacional dos direitos humanos de Beth Simmons. SIMMONS, Beth A. *Mobilizing Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. É também digno de nota que a Reunião Anual de 2010 da ASIL foi a primeira a criar um painel específico abordando a nova direção da doutrina do direito internacional, “*Empirical Approaches to International Law*”. O diretor executivo da ASIL participou do encontro.

píricos, lida-se com o que um de nós convencionou chamar de “análise emergente”, ou seja, uma análise que oscila entre descobertas empíricas, teorização abstrata, testes aplicados empiricamente e assim por diante.² Nesse sentido, os acadêmicos desempenham um importante papel ao reduzir a lacuna entre teoria abstrata, investigação empírica e o mundo da prática. O engajamento teórico torna-se parte de um processo constante, dinâmico e interativo de avaliação empírica do Direito Internacional em ação. Como o teórico social Robert Merton escreveu, “a pesquisa empírica vai muito além do papel passivo de verificação e teste da teoria: vai além da confirmação ou refutação das hipóteses. A investigação desempenha um papel ativo: (...) Ela inicia, reformula, desvia e esclarece a teoria”.³

A tendência ao estudo empírico do Direito Internacional não é novidade. A nova geração de abordagens ligadas às ciências sociais encontra ecos em uma tradição anterior, representada pela doutrina cética e funcionalista do Direito Internacional.⁴ Essa corrente teórica é inicialmente apresentada, em certa medida, pela “*New Haven School of policy scien-*

2 NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?* *Cornell Law Review*, vol. 95, p. 61, 2009; Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1405437>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

3 Ver MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. New York: Free Press, 1968; ver também GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (“o papel da teoria em uma análise específica a um contexto, interativa e teoricamente informada”).

4 Como Hans Morgenthau apropriadamente colocou em 1940, na tradição realista legal a ciência do direito internacional – bem como as ciências sociais em geral – “ainda estão à espera de seu Newton, Leibniz, Faraday, Carnot, Maxwell, e Hertz. Esperar que o advogado contemporâneo seja um “engenheiro” ou “técnico” da lei significa esperar Edison antes de Faraday, Wright antes de Carnot, Marconi antes de Maxwell e Hertz. E esta é certamente uma expectativa inútil. A grande tarefa que está diante das ciências sociais é a de preparar o trabalho deste último, para que ele possa construir um arcabouço sobre o que já foi sedimentado”. MORGENTHAU, Hans. “*Positivism, Functionalism, and International Law*”. *American Journal of International Law*, vol. 34, nº 2, 1940; ver também FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964; FRIEDMANN, Wolfgang. *Joint International Business Ventures in Developing Countries: Case Studies and Analyses of Recent Trends*. New York: Columbia University Press, 1971; FRIEDMANN, Wolfgang. “*Impacts of Social Organization on International Law*”. *American Journal of International Law*, vol. 50, p. 475, 1956.

ce”, liderada por Myres McDougal e Harold Lasswell⁵, que extrapolou o realismo jurídico norte-americano (muito embora essa escola de pensamento tenha sido posteriormente muito criticada por não seguir o método empírico que ela própria prescrevia)⁶, e alguns trabalhos advindos da corrente processualista, como os de Abram e Antonia Chayes.⁷ De modo geral, o estudo de caso acerca do aumento da eficácia do Direito Internacional tem se mostrado uma metodologia recorrente, nos últimos anos, pelos diferentes acadêmicos do campo.⁸

No entanto, é oportuno dizer que muito do conhecimento jurídico internacionalista tradicional está assentado em leis formais e prescrições normativas, com atenção especial ao papel assumido pela Corte Internacional de Justiça (CIJ). A doutrina tradicional

costumava pressupor, em vez de examinar, a eficácia e a cooperação no Direito Internacional, lamentando a existência de instâncias em que o Direito Internacional era incapaz de restringir o poder do Estado ou afetar a prática doméstica. Uma pesquisa nos volumes do periódico *American Journal of International Law* revela que, nos últimos anos, o *AJIL* publicou pouco ou nenhum trabalho empírico.⁹

A indiferença por parte dos acadêmicos de Direito Internacional quanto aos métodos empíricos pode ser facilmente reconhecida no conceito de “método” utilizado no *Simpósio sobre Método no Direito Internacional* do *AJIL*, em 1999. Nenhuma contribuição à criação de uma metodologia comum às ciências sociais foi feita no encontro, o que sugere uma distância significativa entre o conhecimento jurídico e aquele aplicável às ciências sociais. Em vez disso, os “métodos” alternativos citados e utilizados envolviam reivindicações teóricas e analíticas. O ensaio introdutório ao tema do simpósio, “*A Prospectus for Readers*”, diferenciou, em primeiro lugar, “método” (ou quadro analítico) de “metodologia”, apontando (de uma perspectiva legalista) que a “metodologia da pesquisa jurídica” consiste em “formas de identificar e localizar recursos primários e secundários”.¹⁰ O ensaio introduziu sete quadros teóricos e analíticos, aprofundados um a um nos artigos subsequentes, que abordavam “positivis-

5 Ver LASSWELL, Harold D.; MCDUGAL, Myres S. “Jurisprudence for a free society: studies”. *Law, Science and Policy*, vol. XXI, 1992. Mos-trando que, para eles, “a mais viável concepção de direito... como reformulada pelos teóricos do realismo norte-americanos é aque-la sobre o processo autoritário da decisão – pelo qual os membros de uma comunidade clarificam e asseguram seus interesses co-muns”. MCDUGAL, Myres. “Law and Power”. *American Journal of International Law*, vol. 46, p. 102, 1952.

6 Ver DORSEY, Gray. “Agora: McDougal-Lasswell Redux: The Mc-Dougal-Lasswell Proposal to Build a World Public Order”. *Ameri-can Journal of International Law*, vol. 82, p. 41, 1988. “Julius Stone pontuou que em nenhum desses estudos McDougal e seus colegas fazem a investigação empírica abrangente que especificam para os estudiosos encarregados da construção da ordem pública mun-dial”. STONE, Julius. *Visions of World Order: Between State Power and Human Justice*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984; YOUNG, Oran R. “International Law and Social Science: The Contributions of Myres S. McDougal”, *American Journal of In-ternational Law*, vol. 66, p. 60, 1972. “Não é nada surpreendente que McDougal seja um grande defensor, ao menos no nível verbal, do uso de resultados das ciências sociais em análises jurídicas. O surpreendente é que a substantiva contribuição de McDougal à realização deste objetivo não é particularmente impressionante e que as oportunidades de introdução de descobertas das ciências sociais não sejam aproveitadas em seu próprio trabalho”.

7 CHAYES, Abram. *The Cuban Missile Crisis: International Crises and the Role of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1974; CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty: Compliance with In-ternational Regulatory Agreements*. Cambridge: Harvard University Press Cover, 1995.

8 Ver REISMAN, Michael W. “International Incidents: Introduction to a New Genre in the Study of International Law”. *Yale Journal of In-ternational Law*, vol. 10, nº 13, 1984 (criticando a corrente dominante da doutrina internacionalista em focar no mundo fantasioso dos “casos” em vez dos “incidentes”, nos quais o direito internacional tem papel normativo sem que os Estados levem o litígio ao conhe-cimento das cortes internacionais).

9 Ver, em sentido contrário, BLEICHER, Samuel A. “The Legal Sig-nificance of Re-citation of General Assembly Resolutions”. *Ameri-can Journal of International Law*, vol. 63, pp. 444, 455, 477, 1969. Apresenta tabelas com a frequência de citação das resoluções da Assembleia Geral); DOHERTY, Kathryn B. “Rhetoric and Reality: A Study of Contemporary Official Egyptian Attitudes Toward the In-ternational Legal Order”. *American Journal of International Law*, vol. 62, p. 335, 1968; GAMBLE, John K. “Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice”. *American Journal of International Law*, vol. 74, p. 372, 1980. STEINBERG, Richard H. “Trade-Environment Negotiations in the EU, NAFTA, and WTO: Regional Trajectories of Rule Development”, *American Journal of International Law*, vol. 91, p. 231, 1997. Usando, por exemplo, uma regressão lógica a fim de abordar a implantação das diretivas da União Europeia.

10 Ver RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. “Apprais-ing the Methods of International Law: A Prospectus for Readers”, *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 291, 1999. Citando ROSENNE, Shabtai. *Practice and Methods of International Law*. New York: Oceana Publications, 1984. Os autores provavelmente têm a intenção de usar o termo “fontes”, utilizado por Rosenne. Ratner e Slaughter diferenciam “metodologia” de “método”. Eles citam Philip Allott pela proposição de que “métodos... referem-se à es-trutura de sua argumentação, em especial ao seu discurso lógico”.

mo jurídico”, teoria das relações internacionais (RI), direito e economia, a corrente desenvolvida em Yale sobre “jurisprudência politicamente orientada”, o “novo processo jurídico internacional,” reflexões críticas e estudos feministas.¹¹ A edição concluía com um ensaio intitulado “*The Method is the Message*”.¹²

Na visão dos cientistas sociais, contudo, teoria (ou quadro analítico) e método, apesar de inter-relacionados, são conceitos distintos. Em vez de considerarem “método” uma “mensagem”, os cientistas sociais entendem o método como o uso de ferramentas específicas para avaliar como e em que condições o Direito Internacional funciona na prática. A teoria, portanto, não deve suplantiar a rigorosa análise empírica da prática – ou seja, a análise empírica não significa um teste da teoria. Do ponto de vista da teoria condicional do DIN, os temas abordados por gerações anteriores podem ser mais facilmente alcançados por meio de estudos empíricos intermediários acerca dos contextos específicos do Direito Internacional.

Para os fins deste artigo, a noção de trabalho empírico envolve o uso sistemático de métodos qualitativos e quantitativos. Enquanto algumas referências a uma reviravolta empírica na doutrina jurídica internacional parecem fazer referência apenas a aspectos quantitativos, ignorando trabalhos que utilizam outros métodos empíricos, nós fomos propositalmente mais abrangentes em nossa cobertura.¹³ Portanto, não limitamos nossa análise e avaliação a trabalhos sistemáticos que têm por base inferências causais, embora destaquemos trabalhos nesse sentido. Pre-

11 Este tema do simpósio teve por resultado um volume intitulado “The Methods of International Law”, no qual foi adicionada uma nova contribuição que abordava a visão do terceiro mundo sobre o Direito Internacional. Ver ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S., “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict” in: RATNER, Steven; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Methods of International Law*. Washington, D.C.: The American Society of International Law, 2004.

12 Ver RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. “The Method is the Message”. *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 410, 1999.

13 Ver MERTZ, Elizabeth; SUCHMAN, Mark. “A New Legal Empiricism? Assessing ELS and NLR”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, p. 555, 2010. Compara o movimento dos “estudos empíricos legais” com seu *Journal of Empirical Legal Studies*, que é quase exclusivamente quantitativo, e o movimento do “novo realismo jurídico”, que é mais abrangente.

ferimos incluir referências a artigos que se valem de etnografia/observação participativa, entrevistas sistematizadas, rastreamento de processos históricos, narrativas analíticas, pesquisas, análise de conteúdo, análises qualitativas comparadas e análises quantitativas estatísticas. Às vezes esses métodos são empregados em disciplinas específicas, como a Antropologia, a Economia, a Geografia, a Ciência Política e a Sociologia, mas cada um deles oferece uma perspectiva particular e diferente sobre o Direito Internacional vigente.

O trabalho empírico é convencionalmente dividido em estudos que lançam mão dos métodos quantitativo e qualitativo, cada qual com seus pontos fortes e deficiências, acarretando, assim, vantagens e desvantagens. Em muitos casos, os acadêmicos fazem uso de abordagens sincréticas, que combinam métodos quantitativos e qualitativos para apoiar suas afirmações. Como as vantagens relativas foram avaliadas em outra ocasião¹⁴, vamos resumir-las sucintamente a seguir.

O poder do método quantitativo está na sua capacidade de testar hipóteses de forma rigorosa diante de grandes quantidades de dados utilizando técnicas estatísticas e variáveis de controle. Os maiores desafios desse método envolvem medição e inferência causal. Reduzir realidades sociais complexas a medidas e indicadores usados na análise estatística costuma ser bastante difícil. Além disso, mesmo que os desafios de medição sejam resolvidos, criar um desenho de pesquisa que possibilite a produção de inferências causais pode levar a um certo malabarismo. Métodos quantitativos, no entanto, permitem o uso de técnicas mais sofisticadas de coleta de dados e variáveis de controle capazes de determinar a relevância de diferentes fatores na evolução do Direito

14 Ver SEALE, Clive. *Researching Society and Culture*. Thousand Oaks: SAGE, 2ª ed., 2000; BRADY, Henry; COLLIER. *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2ª ed, 2010; KING, Gary; KEOHANE, Robert; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press, 1994; LAWLESS, Robert; ROBBENNOLT, Jennifer; ULEN, Thomas. *Empirical Methods in Law*. Nova Iorque: Aspen, 2009; MILLER, Delbert; SALKIND, Neil. *Handbook of Research Design and Social Measurement*. Nova Iorque: SAGE, 6ª ed., 2002; SAYER, Andrew. *Methods in Social Science*. Londres: Routledge, 2ª ed., 1992.

Internacional e seu impacto.

O método qualitativo, por sua vez, proporciona a vantagem de examinar mais detalhadamente a dinâmica dos contextos sociais, uma vez que envolve com frequência pesquisa de campo e entrevistas. O desafio aqui está no fato de que os resultados do método qualitativo tendem a ser menos generalizáveis, por se situarem em contextos específicos. Mas o que estes estudos perdem em parcimônia (isto é, a inferência causal específica não permite que seja formulada uma equação apta a ser testada estatisticamente) também lhes garante uma maior fundamentação em contextos sociais, nos quais dados numéricos não conseguem penetrar a contento. Além disso, o método qualitativo pode ser visto como pouco confiável por refletir as predisposições normativas do observador ou dos entrevistados. Para controlar as pré-concepções do pesquisador, faz-se uso da triangulação, método que permite ao pesquisador “comparar diferentes tipos de dados de diferentes fontes para ver se eles corroboram um ao outro”.¹⁵ Aventurar-se no campo da pesquisa qualitativa é, antes de tudo, uma oportunidade concreta para avaliar os próprios pressupostos.

O uso dos métodos quantitativo ou qualitativo muitas vezes depende da questão proposta. Abordagens quantitativas costumam ser mais adequadas para questões macro, como uma decisão judicial no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre importações,¹⁶ o efeito dos Direitos Humanos na prática de direitos humanos¹⁷, ou o impacto de tratados bilaterais de investimento.¹⁸ Abordagens qualitativas, por sua vez, costumam ser adequadas para avaliar os mecanismos de mudança de comportamento, permitindo ao pesquisador entender os canais específicos por meio dos quais o regime jurídico afeta indivíduos, organizações e Estados. Ademais, o

método qualitativo é também importante para construir teorias que o método quantitativo pode colocar à prova.

Não obstante as vantagens relativas dessas ferramentas metodológicas, a arena internacional impõe desafios metodológicos específicos e também requer, por vezes, uma estratégia de investigação distinta (a ser discutida mais adiante). No geral, a nova tendência da doutrina jurídica internacional considera que o alcance e a eficácia do Direito Internacional constituem questões empíricas a serem estudadas. Elas não devem ser nem presumidas (como na doutrina tradicional) nem consideradas irrelevantes (como na tradição realista das Relações Internacionais).

Este artigo está organizado em cinco partes. A Parte I analisa as razões e as evidências da corrente empírica atual, traz algumas críticas a essa corrente e respostas a essas críticas. A Parte II examina estudos sobre a crescente literatura empírica relativa a tratados e tribunais internacionais. Além de discutir temas que se concentram em determinados tribunais, nos focamos na escolha dos instrumentos jurídicos e na lógica de funcionamento de órgãos judiciais, o que ajuda a lançar as bases para a Parte III.

A Parte III concentra-se em cinco importantes áreas do Direito Internacional: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Penal e Direito de Guerra; Direito do Comércio Internacional; Direito dos Investimentos; e Direito Ambiental. Essas áreas foram selecionadas por serem amplamente representativas, embora reconheçamos que outras áreas também pudessem ser apreciadas. Em cada caso, abordamos o que caracteriza cada área – um passo crucial para a teoria condicional do DIN – e pesquisamos e avaliamos o estado da arte do trabalho empírico em cada uma delas. Nós nos focamos em duas questões de ordem: (1) como o Direito Internacional é produzido, e (2) em que condições o Direito Internacional é importante? De um modo geral, a primeira pergunta envolve as causas e as influências dos fenômenos jurídicos internacionais, enquanto a segunda aborda suas consequências. Ao recortar nossa análise do Direito Internacional em diferentes domínios, organizados de acordo com essas duas questões, podemos

15 Ver SEALE, Clive. *Researching Society and Culture*. Thousand Oaks: SAGE, 2ª ed., p. 231, 2000.

16 Ver BOWN, Chad. “On the Economic Success of GATT WTO Dispute Settlement”. *Review of Economic Statistics*, vol. 86, p. 811, 2004.

17 Ver Parte III sobre Direitos Humanos e SIMMONS, Beth A. *Mobilizing Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

18 Ver Parte III sobre Direito Internacional do Investimento.

destacar e examinar tanto as variações quanto os padrões que explicam questões normativas fundamentais.

Resultantes de nosso levantamento e da análise da doutrina de estudos empíricos, a Parte IV e a Conclusão representam um esforço preliminar para a construção de uma teoria condicional do DIN ligada a como e em que condições o Direito Internacional opera. Elas destacam a importância do trabalho intermediário entre a construção da teoria e a avaliação empírica da prática. Esse trabalho é, na nossa opinião, central à abordagem das questões normativas em discussão.

2 A Explicação da Reviravolta Empírica: Críticas e Algumas Respostas

O que explica a tendência empírica no estudo do direito internacional? Esta tendência doutrinária, a nosso ver, é impulsionada pelo crescente papel do direito internacional na governança global e, assim, pelo aumento da atenção que outras disciplinas têm dado ao direito internacional como um objeto de estudo. O fim da Guerra Fria, a queda do Muro de Berlim e a globalização cultural e econômica criaram uma nova demanda pelo direito internacional e propiciaram sua realização. A proliferação do direito internacional, em outras palavras, pode ser entendida como o produto de um contexto estrutural distinto, de maior convergência ideológica, e da maior exigência funcional.

Estes desenvolvimentos estimularam progressos na teoria das ciências sociais, com renovado interesse no direito internacional. A antiga escassez de trabalhos empíricos sobre direito internacional refletiu, em especial, a resistente supremacia da tradição realista da doutrina do direito internacional. Para os realistas clássicos e estruturais, o poder do estado determina os resultados no cenário internacional, sendo o direito internacional um “epifenômeno”, relegado a não ter nenhum impacto causal independente sobre os resultados¹⁹. Ainda que o realismo seja um

19 Ver STEINBERG, Richard; ZASLOFF, Jonathan. “Power and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 64, 2006.

paradigma importante e tenha sido sistematicamente aplicado para estudar o direito internacional nos últimos anos²⁰, a principal corrente doutrinária atual reflete a escolha racional, a tradição institucionalista, associada a Robert Keohane, e conhecimentos construtivistas, associados a John Ruggie e Alexander Wendt²¹.

À luz das teorias da escolha racional e construtivista, o direito internacional tem papéis potencialmente importantes que merecem detida investigação empírica. No paradigma institucionalista racional, instituições internacionais facilitam a cooperação entre estados, reduzindo os custos de transação de acordos internacionais celebrados entre múltiplas partes e promovendo seu cumprimento por meio de monitoramento e fiscalização²². Este trabalho complementou o dos economistas, que começaram a estudar o papel das instituições no nível internacional, quer para compreender e melhorar o fornecimento de bens públicos globais²³, quer para facilitar a resolução de outras formas de cooperação e seus desafios²⁴. Os construtivistas, por outro lado, enfocaram o papel das instituições internacionais no exercício do poder normativo e na formação das percepções de problemas, soluções e interesses pelos estados e outros atores²⁵. Em outras palavras, à luz da teoria institucionalista racional, o direito internacional ser-

20 GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Para uma posição realista modificada, ver STEINBERG e ZASLOFF, nota *supra* 19.

21 KEOHANE, Robert. *After hegemony: Cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984; WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; RUGGIE, John G. “What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”. *International Organization*, vol. 52, p. 855, 1998.

22 HAFNER-BURTON, Emilie; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. “Political Science Research on International Law: The State of the Field”. *American Journal of International Law*, vol. 106, p. 47, 2012.

23 KAUL, Inge; CONCEIGIO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDONZA, Ronald U. (orgs.). *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*. New York: Oxford University Press, 2003; SANDLER, Todd. *Global Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

24 SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

25 Ver FINNEMORE, Martha; TOOPE, Stephen J. “Alternatives to “Legalization” – Richer Views of Law and Politics”. *International Organization*, vol. 55, p. 743, 2001.

ve a propósitos funcionais críticos, e à luz da teoria construtivista, ele exerce autoridade normativa. Em ambos os casos, estas teorias validam a promessa de o direito internacional moldar a ordem mundial.

Abordagens sociologicamente orientadas da lei e da globalização, como a política mundial, pós-colonial e teoria do direito e desenvolvimento, também têm sido cada vez mais influentes na doutrina jurídica internacional, em paralelo com as abordagens de RI²⁶. A teoria política mundial estuda como os scripts legais internacionais funcionam como veículos de normas culturais globalizadas, levando à convergência e, assim, ao cumprimento. A abordagem política mundial foi desenvolvida empiricamente por os sociólogos como John Meyer, John Boli, Elizabeth Boyle, entre outros, a respeito de direitos humanos e questões econômicas neoliberais, e tem sido usada como suporte para a construção de teorias sobre direito internacional por Ryan Goodman e Derek Jinks²⁷. A teoria pós-colonial examina a interação entre leis internacionais e sistemas nacionais dos países em desenvolvimento e tem sido estudada empiricamente utilizando métodos etnográficos por antropólogos, como fez Sally Merry no tocante às questões dos direitos das mulheres, tanto no nível internacional²⁸ quanto doméstico. Além disso, acadêmicos da sociologia jurídica têm estudado empiricamente a difusão de modelos jurídicos através de instituições internacionais, contribuindo para a teoria do direito e de-

26 Para uma boa visão global, ver HALLIDAY, Terence; OSINSKY, Pavel. "Globalization of Law". *Annual Review of Sociology*. vol. 32, p. 447, 2006.

27 Ver MEYER, John. "The World Polity and the Authority of the Nation-State" in: BERGENSEN, Albert. *Studies of the Modern World-System*, 1980; FINNEMORE, Martha. "Rules of War and Wars of Rules: The International Red Cross and the Restraint of State Violence" in: BOLI, John; THOMAS, George. *Constructing World Culture: International Nongovernmental Organizations since 1875*, p. 149, 1999; BOYLE, Elizabeth Heger. *Female Genital Cutting: Cultural Conflict in the Global Community*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2002; GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

28 Ver MERRY, Sally E. *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. A abordagem do direito internacional pelo Terceiro Mundo vem de estudos pós-coloniais e inclui o trabalho de Antony Anghie na ASIL em 2010. ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge: UK, Cambridge University Press, 2005.

envolvimento²⁹.

Tendo em vista o crescente número de artigos sobre temas de direito internacional publicados em renomados periódicos de diversas ciências sociais, é evidente que essas disciplinas estão dando cada vez mais atenção ao direito internacional. Para fornecer uma amostra dessa tendência através das disciplinas, revisamos todas as publicações da "*International Organization*" de 1980 a 2010, a revista carro-chefe na área de RI; "*Law and Social Inquiry*", a renomada revista publicada pela "*American Bar Foundation*" para o estudo multidisciplinar do Direito, com ênfase especial na sociologia do direito; e o "*Journal of Legal Studies*", famosa revista para o estudo multidisciplinar do direito, cujo foco é direito e economia³⁰. A "*Intentional Organization*" publicou um único artigo sobre direito e tribunais na década de 1980, mas vinte e seis anos na década de 2000, o que corresponde a 9% de todos os artigos publicados durante a década³¹. A revista "*Law and Social Inquiry*", por sua vez, aumentou a publicação de artigos sobre temas de direito internacional e transnacional em mais de quatro vezes durante esse mesmo período, de 2,2% (1980-1990) para 10% (2000-10) dos artigos totais publicados. Vemos uma tendência ainda mais dramática na "*Journal of Legal Studies*", que não havia publicado nenhum artigo sobre direito internacional até 2000 (embora tenha incluído um reduzido número de artigos sobre direito comparado), mas publicou 24 nos anos 2000.³² Apresentamos esses dados para mostrar, em especial, a maior atenção que essas disciplinas dão ao direito internacional. No entanto,

29 Ver HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009; PISTOR, Katharina; WELLONS, Philip. *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development: 1960-1995*. New York: Oxford University Press, 1999.

30 Os dados estão disponíveis no apêndice online em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444448. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

31 O número de artigos sobre tratados mais que triplicou no mesmo período, e a porcentagem conjunta de artigos sobre direito e tratados quintuplicou, de 4.32% (1980-89) para 10.88% (1990-99) e para 22.91% (2000-09).

32 *The Journal of Law, Economics and Organization*, outra revista que trata de *law and economics* com forte foco empírico, tem se mostrado menos propensa a publicar artigos de direito internacional, com menos de 1% (2 de 233) de artigos publicados sobre o tema desde 2000, e nenhum anterior a esse período.

nossa análise deste trabalho também confirma que muito dele é empírico e usa métodos quantitativos e qualitativos para avaliar como o direito internacional atua na prática.

Embora a tendência empírica da doutrina do direito internacional tenha se desenvolvido em primeiro lugar fora das tradicionais publicações de direito internacional, migrou para eles, inclusive para a *“American Journal of International Law”*. Nos anos 1990 e 2000, a *AJIL* publicou um número crescente de artigos e resenhas de livros que desafiavam as teorias do direito internacional e prescrições pela falta de sua base empírica, passando a exigir uma análise empírica³³. Desde 2007, a *AJIL* vem publicando um número

33 Para uma excelente obra embasada em estudo empírico, ver STEINBERG, nota *supra* 9. Uma pequena amostra dessa necessidade por trabalho empírico é trabalhada por DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. “Symposium on Method in International Law: The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict”. *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 394, 1999. “Enquanto o movimento de *law and economics* é rico em teoria, ele exalta o empirismo, no qual é surpreendentemente pobre.”; FRANCK, Thomas M. “Centennial Essay in Honor of the 100th Anniversary of the AJIL and the ASIL: The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 88, 2006. “Para abordar esse problema, é necessário recorrer a um tipo de empirismo legal para perguntar: quantos Estados, em quantas situações de disputa, atualmente desacreditam o direito concernente ao uso da força com palavras e ações?”; e RAUSTIALA, Kal. “Form and Substance in International Agreements”. *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 581, 605, 2005. “Não importa qual abordagem teórica seja favorecida, o impacto empírico de diferentes estruturas deve ser reconhecido. No entanto, a escassez de pesquisas sobre este tema torna tais reivindicações provisórias.” Para uma crítica mais antiga no mesmo sentido, ver BALDWIN, Gordon B. “Book Review”. *American Journal of International Law*, vol. 57, p. 976, 1963, resumindo REESE, Willis. *International contracts: choice of law and language*. Dobbs Ferry: Oceana, 1962. “O direito internacional estudado atualmente sofre pela escassez de estudos empíricos.” Nós encontramos crescentes demandas por trabalho empírico particularmente na revisão de livros de direito internacional. Ver também ALVAREZ, Jose E. “Book Review”. *American Journal of International Law*, vol. 102, p. 909, 913, 2008, resumindo VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007. “Também faltam mais esforços empíricos gerais para demonstrar tendências nas muitas decisões arbitrais públicas a que se tem acesso até hoje.”; BODANSKY, Daniel. “Book Review”. *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 280, 2005. (resumindo BENVENISTI, Eyal. *Sharing Transboundary Resources International Law and Optimal Resource Use*. New York: Cambridge University Press, 2002) (“Como muitos juristas internacionais, contudo, Benvenisti mostra-se mais confortável com a doutrina legal do que com a pesquisa empírica sistemática.”); NZELIBE, Jide.

crescente de estudos empíricos originais, dos quais contamos ao menos seis³⁴.

Em muitos casos, estudiosos do direito estão se envolvendo em colaborações multidisciplinares. Acadêmicos do direito trazem maior conhecimento interno de como as instituições jurídicas internacionais operam, colaborando com os cientistas sociais qualificados para implantar cada vez mais sofisticadas ferramentas empíricas. Estas colaborações novamente refletem tanto o aumento do interesse de outras disciplinas no estudo do direito internacional quanto o

“Resenha”, 103 *AJIL*, pp. 619, 620, 2009, resumindo TRACHTMAN, Joel. *The Economic Structure of International Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. “[Trachtman] adverte que muitas de suas premissas empíricas sobre como os Estados se comportam não devem ser consideradas absolutas. Ao longo do livro, ele se mostra insatisfeito com a necessidade de submeter suas principais reivindicações, bem como aquelas de abordagens concorrentes, a testes empíricos rigorosos.”; SIMMONS, Beth A. “Book Review”. *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 388, 2009, resumindo O’CONNELL, Mary Ellen, *The Power and Purpose of International Law*, 2008, “Esta última afirmação é difícil de se sustentar empiricamente, e muito embora se afirme o contrário na crítica de Goldsmith e Posner – além de ser – reiterado de diversas maneiras ao longo do livro, a evidência do impacto das normas legais e justificativas sobre o comportamento não é apresentada de forma sistematizada”.

34 Desde 2007, esta revista publicou VILJOEN, Frans; LOUW, Lirette. “State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and People’s Rights”. *American Journal of International Law*, vol. 101, p. 1, 2007. Ver também HELFER, Laurence R; ALTER, Karen J; GUERZOVICH, M. F. “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”. *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 1, 2009; Laura A. Dickinson, “Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance”. *American Journal of International Law*, vol. 104, p. 1, 2010; KONTOROVICH, Eugene; ART, Steven. “An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy”. *American Journal of International Law*, vol. 104, p. 436, 2010; LANGER, Maximo. “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Regulating Role of the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”. *American Journal of International Law*, vol. 105, p. 1, 2011; SARFATY, Galit A. “Why Culture Matters in International Institutions: the Marginality of Human Rights at the World Bank”. *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 647, 2009; GOODMAN, Ryan. “Humanitarian Intervention and Pretexts for War”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 107, 2006 (revisando e sintetizando sistematicamente o trabalho empírico existente, de modo a construir afirmações teóricas empiricamente fundamentadas sobre o direito de intervenção humanitária internacional, e desafiando os argumentos convencionais de que a legalização da intervenção humanitária levará necessariamente a mais conflitos armados internacionais, já que as justificativas humanitárias serão usadas como pretexto).

interesse dos estudiosos do direito internacional nos métodos utilizados por estas outras disciplinas³⁵.

O aumento da atenção ao empirismo dado ao direito internacional também é suportado por desenvolvimentos técnicos e oportunidades de financiamento que facilitam a coleta e análise de dados. Um importante desenvolvimento tem sido o rápido aumento do poder de pacotes estatísticos. Operações que, vinte anos atrás, teriam exigido muitas horas nos mais avançados computadores, podem agora ser realizadas em uma questão de segundos, em computadores pessoais individuais. Esta evolução permitiu análises qualitativas comparadas de crescente sofisticação e rigor e aumentou a demanda por produção de bases de dados. Além disso, o aumento das oportunidades de financiamento tem estimulado essa tendência. O “*National Science Foundation*” (NSF), cujo orçamento subiu sete vezes desde 1983, tornou-se uma importante fonte de financiamento para as ciências sociais³⁶.

Além de seu papel no desenvolvimento teórico, a reviravolta empírica tem importantes vantagens normativas. Primeiro, como realistas jurídicos têm sustentado por muito tempo, o estudo empírico da lei ajuda a elucidar os pressupostos, quer sobre a legitimidade do direito, quer sobre seu impacto benevolente. Por exemplo, os realistas estavam interessados nas tendências existentes dentro da doutrina jurídica³⁷. A fim de revelar essas tendências, os estudiosos avaliaram empiricamente o que está por trás da formação do direito internacional. Em segundo lugar, o trabalho empírico tem implicações práticas para os internacionalistas que desejem compreender o que funciona, permitindo-lhes reavaliar o direito internacional e suas instituições internacionais. A normatividade do direito internacional visa a mudar o comportamento, por isso só faz sentido avaliar o direito internacional de forma empírica quanto às condições

35 Sobre ciência política, ver HAFNER-BURTON, nota *supra* 22.

36 *National Science Foundation, Fiscal Year 2011 Budget Request*, disponível em: <http://www.nsf.gov/about/budget/fy2011/index.jsp>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015. Por exemplo, cada um de nós recebeu múltiplos NSF por trabalhos quantitativos e qualitativos, fornecendo tempo e recursos para o engajamento em questões empíricas.

37 NOURSE e SHAFFER, nota *supra* 2.

de sua eficácia³⁸.

Cientistas sociais positivistas têm argumentado que uma vez que “dever implica poder”, uma completa e sólida explicação do que o direito internacional pode realizar sob condições diferentes pode informar a nossa compreensão de quando e como ele deve ser invocado³⁹. Argumentos normativos legais dependem de suposições sobre o estado do mundo e o resultado provável de regras jurídicas alternativas. A doutrina fornece um conjunto de ferramentas para refinar entendimentos de desenho institucional e prática, de modo a aumentar a eficácia das instituições jurídicas internacionais. A teoria condicional do direito internacional adverte, no entanto, contra a cópia simplista dos mecanismos de um contexto ou assunto, ou de uma área para outra, e, portanto, tem uma orientação de nível médio que é adequadamente cautelosa ao tirar conclusões.

O projeto empírico tem sido objeto de duras críticas, principalmente no que tange ao seu risco de reducionismo e cientificismo⁴⁰. No direito internacional, Martti Koskeniemi foi sem dúvidas o mais sincero. Como ele escreve:

“estes novos realistas, na sua arrogância, acreditam no poder de suas matrizes preditivas e expli-

38 Ver BODANSKY, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. (“o interesse na questão da efetividade (...) resultou da crescente interação entre juristas internacionais e cientistas políticos, bem como na reviravolta empírica em muitas áreas da doutrina jurídica”).

39 Para uma abordagem interessante da invocação seletiva do direito internacional e outras normas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ver RATNER, Steven R. “Law Promotion Beyond Law Talk: The Red Cross, Persuasion, and the Laws of War”. *European Journal of International Law*, vol. 22, p. 459, 2011 (trabalho que resultou de numerosas entrevistas e um ano de observação participativa no escritório em Genebra do Comitê Internacional da Cruz Vermelha).

40 Ver NOURSE e SHAFFER (pp. 117-19), nota *supra* 2, “Há também um risco relativo de se cair no cientificismo... Um dos graves perigos de utilizar a ideia de ‘sua ciência é melhor do que a minha ciência’ é o de que ele esconde importantes (e talvez falsas) reinvocações normativas através das próprias categorias que escolhe... Se as categorias que se usa em um estudo são elas próprias tendenciosas, imprecisas ou falsas, então a forma estatística vai simplesmente adicionar uma aparência de legitimidade e poder para o que pode ser inteiramente falso. A eugenia é o exemplo clássico deste tipo de processo”.

cativas. Mas tendo em vista que esses sistemas especializados não são menos imprecisos que a lei, este movimento apenas institucionaliza uma mentalidade técnica antipolítica⁴¹.

As críticas também provêm de neoconservadores em contextos de mudança subjacentes. Por exemplo, o jornalista Ron Suskind lembra de uma resposta de um funcionário do governo:

O assessor disse que caras como eu estavam “no que chamamos de comunidade baseada na realidade”, que ele definiu como pessoas que “acreditam que as soluções emergem de seu estudo criterioso da realidade discernível.” Eu balancei a cabeça e murmurei algo sobre princípios iluministas e empirismo. Ele me interrompeu. “Essa não é mais a maneira como o mundo realmente funciona”, continuou ele. “Somos um império agora, e quando agimos, criamos nossa própria realidade. E enquanto você está estudando essa realidade judiciosamente, como você queira – nós vamos continuar criando novas realidades, as quais você pode estudar também, e é assim que as coisas vão se resolver. Nós somos atores da história... e vocês, todos vocês, vão ser relegados a estudar o que fazer⁴²”.

Certamente, o projeto empírico tem sem seus críticos (e riscos), mas isso não quer dizer que a crítica não possa ser combatida, e fortemente. O imenso custo humano e financeiro da segunda guerra do Iraque pode ser visto como resultado da inclinação antiempírica de seus autores, bem como da incapacidade de respeitar o direito internacional e os procedimentos legais internacionais. Em resposta às críticas da esquerda de que estudos empíricos são reducionistas e conservadores, servindo para preservar o *status quo*, a teoria condicional das RI especificamente visa a evitar o reducionismo das análises normativistas

41 KOSKENNIEMI, Martti. “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”. *Theoretical Inquiries*, vol. 9, p. 30, 2007; ver também VERDIRAME, Guglielmo. “The Divided West. International Lawyers in Europe and America”. *European Journal of International Law*, vol. 18, p. 553, 2007.

42 SUSKIND, Ron. “Faith, Certainty and the Presidency of George W Bush”, *N.Y. TIMES MAGAZINE*, 17 de outubro, 2004, vol. 44.

incapazes de observar o contexto. Está baseada no pragmatismo filosófico, que sustenta que intervimos em um mundo incerto e devemos avaliar empiricamente o impacto de intervenções anteriores, usando essa informação para determinar o que é desejável e possível em novos contextos.⁴³ Para dar um exemplo, como Thomas Carothers escreveu sobre as sanções aplicadas contra o Haiti no início de 1990, que foram destinadas a promover o desenvolvimento de uma norma jurídica internacional democrática:

A resposta da comunidade internacional ao golpe de 1991 no Haiti é frequentemente citada como exemplo da nova solidariedade positiva e força da comunidade internacional (ou pelo menos o da comunidade interamericana) no que diz respeito à democracia. Infelizmente, o efeito real tem sido a piora da vida da maioria dos haitianos

(...)

A atual defesa de uma norma democrática é importante em direito internacional, mas é baseada em uma consideração empírica superficial dos acontecimentos mundiais. Ela diz, em certo sentido, “Olha, lá é uma onda democrática, agora aqui está o novo princípio de direito que nos propomos a seguir.” Na verdade, a realidade é muito mais complexa, muito mais confusa. Uma análise jurídica deve levar em conta as complexidades da realidade empírica e, em cada turno, considerá-las na análise doutrinária, se é para ir além de uma visão Panglossian simplista do mundo – se é para evitar ser relegado à longa lista de projetos utópicos descartados do direito internacional⁴⁴.

Precisamos, em outras palavras, de uma teoria condicional do direito internacional que se construa a partir de avaliações empíricas de contexto.

A doutrina se desenvolve em ciclos⁴⁵. Em alguns pe-

43 NOURSE e SHAFFER (pp. 84-85, 88, 112-21), nota *supra* 2.

44 CAROTHERS, Thomas. “Empirical Perspectives on the Emerging Norm of Democracy in International Law”. *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, pp. 261, 266, 1992.

45 BEDERMAN, David J. “Review”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 490, 2006, resumindo YOO, John. *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*.

riodos, pode enfatizar a teoria; em outros, pode mover-se para um foco maior na empiria. A reviravolta empírica no estudo do direito internacional pode ser vista como parte de um ciclo, mas acreditamos que também vai deixar a sua marca no estudo do direito internacional. Ela proporciona a esperança de persuadir aqueles que não conseguem levar em consideração o contexto empírico ao invocar ou não invocar o direito internacional.

3 O Trabalho Transversal: concepção e papel dos instrumentos legais e tribunais

O novo programa empírico é tão amplo e profundo que não é possível examinar sua totalidade em um artigo. A nossa abordagem é para ser ilustrativa e não exaustiva, enquanto, ao mesmo tempo, para identificar temas que envolvem a maior parte do trabalho empírico. A crescente legalização e judicialização da política internacional levaram ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e uma maior cooperação transfronteiriça. Uma questão fundamental para o trabalho empírico, então, é entender as modalidades do ordenamento jurídico. Quando os Estados optam por cooperar, eles podem escolher pela utilização de um instrumento escrito e, nesse caso, a forma e natureza jurídica desse instrumento. Eles também têm a opção de criar novas instituições para desenvolver normas, fiscalizar seu cumprimento e resolver disputas. Nesta parte, consideramos trabalhos empíricos transversais tanto na concepção de instrumentos como de tratados quanto no uso de instituições legais, como tribunais, abordando, respectivamente, a “legalização” e “judicialização” das RI. Em cada caso, notamos onde o trabalho empírico seria mais útil.

3.1 Estrutura e Natureza Legal do Instrumento: Direito Consuetudinário Internacional, Tratados, e Soft Law

Chicago: University of Chicago Press, 2005. “atualmente, temos percebido um padrão cíclico da doutrina desse campo”; TRUBEK, David M.; ESSER, John. “Critical Empiricism and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?” *German Law Journal*, vol. 12, p. 115, 2011 (fazendo referência a ciclos na doutrina jurídica).

Os estados possuem inúmeros mecanismos de cooperação; o tratado é apenas um deles. Grande parte do direito internacional tradicionalmente não surgiu a partir de instrumentos legais, mas por meio da prática do Estado, consubstanciada no direito internacional consuetudinário, que é a prática do estado sob um senso de obrigação legal⁴⁶. Esta fonte de direito internacional tem sido objeto de muita crítica e especulação teórica⁴⁷, mas relativamente pouco trabalho empírico analisa o âmbito e as modalidades em que as normas do direito internacional consuetudinário (ou, para essa matéria, os princípios gerais de direito) são usadas para informar debates. Muitos acreditam que o direito internacional consuetudinário está em declínio⁴⁸, mas se o declínio é apenas relativo, em relação aos tratados, e não absoluto, nunca foi empiricamente avaliado.

Precisamos, portanto, de mais análises empíricas sobre como direito internacional consuetudinário é formado e gera efeitos⁴⁹. Uma estratégia pode ser

46 Ver OPPENHEIM, Lassa. “The Science of International Law: Its Task and Method”. *American Journal of International Law*, vol. 2, p. 313, 1908 (“As regras do atual direito internacional são, em grande medida, não escritas, mas baseadas no costume”).

47 Ver GUZMAN, Andrew T. *How international law works: a rational choice theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Trata do papel da reputação no cumprimento do direito internacional consuetudinário; GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. “Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law”. *Journal of International Law*, vol. 40, p. 639, 2000. Desafia a “falsa premissa... de que o direito internacional consuetudinário (...) influencia o comportamento nacional”; NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel P. “The Customary International Law Game”. *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 541, 2005. Sustenta que “as regras do direito internacional consuetudinário podem modificar as vantagens ligadas a comportamentos relevantes e, portanto, afetar o comportamento por meio do auto-interesse”.

48 GUZMAN, Andrew T. “Saving customary international law”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, p. 271, 2005. “As relações internacionais modernas tornaram os tratados uma ferramenta mais importante – no que diz respeito ao direito internacional consuetudinário”; PARRY, Clive. *The sources and evidences of international law*. Manchester: Manchester University Press, 1965 (sustentando que o direito internacional consuetudinário se tornou menos importante que os tratados internacionais).

49 Para um bom estudo a respeito, ver BAKER, Roozbeh. “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”. *European Journal of International Law*. vol. 21, p. 173, 2010 (defendendo o reforço do papel dos tribunais na formação do direito internacional consuetudinário). Ver também GINSBURG, Tom; CHERNYKH, Svitlana; ELKINS, Zachary. “Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate

a de focar a atenção nas ordens dos Estados. Normas de direito internacional consuetudinário são frequentemente invocadas, mas faltam análises empíricas sobre o que embasa essas invocações. O estudo sistemático dos fundamentos que os Estados invocam (notadamente quanto ao costume) em suas ações judiciais, bem como os que tribunais utilizam no processamento, seria útil e poderia contribuir para um maior rigor na prática jurídica. Tal abordagem requer o rastreamento do surgimento e da evolução de determinadas regras consuetudinárias, além da atenção a invocações de costumes que não são reconhecidos como regras vinculantes. Esse trabalho, por sua vez, pode ajudar a revigorar o direito consuetudinário e fornecer vantagens para propor modificações doutrinárias⁵⁰. Com efeito, sem qualquer sentido real do âmbito de utilização do direito consuetudinário internacional é difícil avaliar o seu funcionamento e eficácia.

Por outro lado, a última década assistiu a um trabalho empírico considerável sobre os tratados. Desse trabalho empírico existente, discernimos pelo menos cinco pontos importantes. Estes pontos dizem respeito: (1) à mudança da natureza do direito internacional como refletido nos tratados, (2) às razões por que os Estados escolhem diferentes tipos de tratados, (3) à escolha entre tratados juridicamente vinculativos e “*soft law*”, (4) à inclusão de determinado tipos de arranjos nos tratados, como mecanismos de flexibilização e delegação de solução de disputas, e (5) ao impacto dos tratados comparativamente com outras formas de ordenação.

Em primeiro lugar, os estudiosos estão documentando o crescente uso de tratados internacionais para presidir as RI⁵¹, o que pode ser visto como uma vol-

International Law”. *University of Illinois Law Review*, p. 201, 2008, discutindo o impacto do direito internacional consuetudinário na prática nacional; HOLZMEYER, Cheryl. “Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in Doe v. Unocal”. *Law & Society Review*, vol. 43, p. 271, 2009 (estudo de caso examinando o impacto externo de invocar o direito internacional consuetudinário nos tribunais dos EUA).

50 BRADLEY, Curtis A; GULATI, Mitu. “Withdrawing from International Custom”. *Yale Law Journal*, vol. 120, p. 202, 2010. Ver também simpósio sobre o tema 21 Duke J. *Comparative and International Law*, outono de 2010.

51 GAMBLE, John K.; KU, Charlotte; STRAYER, Chris. “Human-Cen-

ta ao contrato (em oposição ao costume e à lei natural), embora tratados universais, como a Carta das Nações Unidas, sejam entendidos como constitucionais, em vez de contratuais⁵². O número global de tratados multilaterais registradas na Secretaria Geral da ONU aumentou em 400% em “pouco mais de duas décadas⁵³.” O trabalho empírico tem examinado mudanças no objeto desses tratados. John Gamble e seus colegas usaram um banco de dados de quase seis mil tratados assinados nos últimos 350 anos (*Comprehensive Statistical Database of Multilateral Treaties*) para constatar uma virada humanista nos tratados⁵⁴, com o direito internacional estendendo-se às pessoas, e não apenas aos Estados soberanos. Eles e outros também observam uma crescente orientação regulamentar em tratados internacionais, para muitos domínios regulatórios administrativos.⁵⁵ Acadêmicos do direito internacional, por exemplo, notaram maiores níveis de elaboração de tratados em áreas tão diversas como agro-biotecnologia, meio ambiente, segurança alimentar, investimento e trabalho.⁵⁶

tric International Law: A Model and a Search for Empirical Indicators”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 61, 2005. “A metáfora da maré crescente parece apropriada”.

52 Ver FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the constitution of the international community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009; DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

53 GREENBERG, Jonathan D. “Does Power Trump Law?” *Stanford Law Review*, vol. 55, p. 1789, 2003, comparando valores de 1979 a 2002.

54 GAMBLE et al. (pp. 61-80), nota *supra* 51.

55 *Id.* (p. 72), “houve uma expansão significativa na gama de atividades regidas por acordos multilaterais, com o maior aumento ocorrendo na esfera econômica (comparando números de 1979 a 2002)”; COGAN, Jacob K. “The Regulatory Turn in International Law”. *Harvard International Law Journal*, vol. 52, p. 321, 2011.

56 Ver DEGARMO, Denise K. *International Environmental Treaties and State Behavior: Factors Influencing Cooperation*. New York: Routledge, 2004; FRANCK, Susan D. “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”. *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 19, p. 337, 2007. “Durante as duas últimas décadas, o número de tratados relacionados a investimentos triplicou”; HELFER, Laurence R. “Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, p. 649, 2006 (observando o aumento do número de acordos na Organização Internacional do Trabalho); STEWART, Andy. “Book Note”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, pp. 332, 341, 2007, resumindo FRANCIONI, Francesco; SCOVAZZI, Tullio. *Biotechnology and International Law*. Oxford: Hart, 2006 (observando o “aumento

Em segundo lugar, os estudiosos estão analisando as diferenças nas escolhas dos Estados entre tratados multilaterais e bilaterais. Thomas Miles e Eric Posner criaram um banco de dados de mais de 50.000 tratados para examinar quais Estados aderem a determinados tipos de tratados e as suas razões para fazê-lo. Eles descobriram que “os Estados mais antigos, menos corruptos e (novamente) maiores celebram mais tratados bilaterais e tratados multilaterais ‘fechados’, enquanto que os pequenos Estados são relativamente mais propensos a participar de tratados multilaterais universais⁵⁷.” Eles explicam estas descobertas a partir de uma escolha perspectiva racional que leva em conta os benefícios e os custos diferenciais, especialmente os custos de transação envolvidos em celebrar cada tipo de tratado. Estados maiores têm mais recursos à sua disposição para se dedicar à elaboração de tratados, e podem adaptar os seus compromissos às suas necessidades de maneira mais eficiente.

Em terceiro lugar, os estudiosos têm abordado a escolha de instrumentos juridicamente vinculantes em relação a acordos informais “*soft law*”.⁵⁸ O uso de instrumentos de *soft law* está se expandindo de forma significativa à luz do papel crescente das redes transgovernamentais, organizações internacionais e atores não estatais, dando origem ao que às vezes são chamados arranjos legais transnacionais⁵⁹. Embora

numerosos estudos de caso interessantes envolvendo *soft law* estejam disponíveis⁶⁰, a pesquisa sistemática quanto ao seu uso e efeitos permanece em estágio inicial. É interessante notar, entretanto, que Stefan Voigt tem usado recentemente um banco de dados criado pelo Departamento de Estado dos EUA nos termos do Caso Zablocki-Act para avaliar o uso de “acordos internacionais informais”, que, sob a égide da lei, são aqueles que não envolvem a aprovação pelo Congresso dos EUA⁶¹. Baseando-se em um banco de dados com 2.289 acordos informais celebrados pelos Estados Unidos entre 1981 e 2010, ele identifica o seguinte: o número de acordos informais aumentou drasticamente entre meados da década de 1990 até 2006, mas, desde então, caiu significativamente; cerca de dois terços desses acordos versam apenas sobre políticas em três áreas (militar, ciência e tecnologia, e de ajuda); mais de 90% destes acordos são bilaterais; e cerca de 40% são celebrados por um ator estadunidense diferente do presidente ou o secretário de estado. Ele também descobriu que estes acor-

ence”. *Global Environmental Politics*, vol. 17, p. 1, 2007; MEIDINGER, Errol. “Multi-interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes” in: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (orgs.). *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, p. 259, 2008; RAUSTIALA, Ka. “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”. *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, p. 1, 2002.

60 Ver SHELTON, Dinah. *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2004; KIRTON, John; TREBILCOCK, Michael. “Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance” in: *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, pp. 3 e 9, 2004; RATNER, Steven R. “Does international law matter in preventing ethnic conflict?” *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, p. 591, 2000 (estudo empírico construído a partir de entrevistas e observação participante em relação ao uso de *soft law* no escritório do Alto Comissariado para as Minorias Nacionais da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa); SHAFFER e POLLACK, nota *supra* 58.

61 VOIGT, Stefan. “The Economics of Informal International Law-an Empirical Assessment” in: *Informal International Law: Mapping the Action and Testing Concepts of Accountability and Effectiveness*, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1835963>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015. O ato, no entanto, exclui do seu âmbito de aplicação os acordos informais que se relacionam com atividades militares específicas, têm uma classificação de segurança nacional, envolvem a coordenação entre os órgãos da administração e da aviação postais, ou aquelas relacionadas com as políticas anticrime e antinarcóticos.

do número de tratados abordando a segurança alimentar e agrobiotecnologia”).

57 MILES, Thomas J.; POSNER, Eric A. “Which States enter into Treaties, and why?” Law School, University of Chicago, Law and Economics, *Working Paper nº 420*, 2008. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/files/files/420_2.pdf.

58 ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Duncan. “Hard and Soft Law in International Governance”. *International Organization*, vol. 54, p. 421, 2000; SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark. “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”. *Minnesota Law Review*, vol. 94, p. 706, 2010.

59 Ver ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. “Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, p. 501, 2009; SHAFFER, Gregory. “Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints”. *Law and Social Inquiry*, disponível em <http://www.iilj.org/publications/documents/2010-4.shaffer.pdf>. Sobre o papel de atores que não os Estados, ver SLAUGHTER, Anne-Marie, *The New World Order*, 2004; ÁLVAREZ, Jose E. “International Organizations: then and now”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 324, 2006; CASHORE, Benjamin; EGAN, Elizabeth; AULD, Graeme; NEWSOM, Deanna. “Revising Theories of Non-state Market Driven (NSMD) Governance: Lessons from the Finnish Forest Certification Experi-

dos foram especialmente comuns com estados fronteiriços, o que, ele sugere, deve-se à maior frequência de interação com eles. Conclui que muito mais trabalho empírico acerca do uso de acordos informais é necessário, especialmente em relação a estados que não os Estados Unidos.

Em quarto lugar, os estudiosos estão produzindo cada vez mais bancos de dados de análise qualitativa comparada relativos a tratados para avaliar o uso de diferentes tipos de disposições neles. Barbara Koremenos utiliza uma amostra aleatória de tratados para avaliar como os estados lidam com a incerteza dos tratados, e acha que os estados respondem a essa incerteza por meio da limitação da duração dos tratados, incluindo cláusulas de escape sob as quais o rigor das obrigações resta enfraquecido⁶². Koremenos também usa esse banco de dados para avaliar quando e por que os estados optam por delegar questões, e descobre que os Estados são mais propensos a incluir disposições de solução de controvérsias nos tratados quando eles enfrentam problemas complexos de cooperação caracterizados pela incerteza, incentivos a falhas ou inconsistências temporais⁶³. Estes resultados, ela argumenta, apoiam uma visão racionalista de que os Estados se lançam mão das delegações para resolver estes tipos particulares de desafios.

Em quinto e último lugar, precisamos de trabalho empírico que estude o impacto dos tratados, em comparação com outras formas de ordenar, sobre o comportamento do Estado, e de avaliações sobre se os diferentes domínios do direito internacional variam, de acordo com a teoria condicional do direito internacional. Os estudos quantitativos existentes, por exemplo, ainda têm de abordar sistematicamente o impacto do *design* dos tratados sobre o comportamento do Estado e o comportamento da outra parte (apesar de discutirmos alguns estudos quantitativos e qualitativos em nossa abordagem dos do-

62 KOREMENOS, Barbara. "Contracting Around International Uncertainty". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 549, 2005.

63 KOREMENOS, Barbara. "When, What, and Why Do States Choose to Delegate?" *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, p. 151, 2008; KOREMENOS, Barbara. "If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?" *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, p. 189, 2007.

minios particulares do direito internacional).

Uma questão empírica aventada em relação aos tratados é a dos efeitos de seleção. George Downs, David Rocke e Peter Barsoom salientam que aferir o impacto de tornar-se parte em tratados é difícil porque os Estados controlam as obrigações que aceitam; altos níveis de cumprimento não implicam, portanto, que os tratados tenham um efeito independente sobre o comportamento do estado⁶⁴. Para ilustrar, considere o debate, suscitado pelo trabalho de Beth Simmons, sobre cumprimento da lei internacional de dinheiro. Sua análise do Artigo VIII do Tratado do Fundo Monetário Internacional mostrou um alto nível de cumprimento⁶⁵. Fatores para realçar o cumprimento incluíam um forte efeito regional, sugerindo que o comportamento tenha sido impulsionado por dinâmicas regionais. A orientação do Estado de direito (averiguada por uma variável de análise política de risco) também foi importante, enquanto características gerais como as de democracia ou ditadura não parecem afetar a adesão. Ela afirma que as preocupações de reputação e mercado competitivo explicam os padrões de cumprimento.

Em importante sequência, Jana Von Stein usa um modelo de seleção de estatística para estimar o efeito do grau de comprometimento gerado por tratados sobre o comportamento dos Estados, independentemente de todas as fontes de seleção⁶⁶. Ela descobre que a falta de controle das fontes de seleção leva a exagerar consideravelmente o efeito do compromisso previsto pelo Artigo VIII sobre o comportamento em conformidade. A autora conclui que os Estados começam seu comportamento compatível antes mesmo de assinar o tratado por causa das inúmeras exigências para tornar-se parte dele. Ela sustenta

64 DOWNS, George; ROCKE, David M; BARSOOM, Peter N. "Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation?" *International Law and International Relations*, vol., p. 92, 1996.

65 SIMMONS, Beth A. "International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs". *American Political Science Review*, vol. 94, p. 819, 2000; SIMMONS, Beth A. "Money and the Law: Why Comply with the Public International Law of Money". *Yale Journal of International Law*, vol. 25, p. 323, 2000.

66 VON STEIN, Jana. "Do Treaties Constrain or Screen? Selection Bias and Treaty Compliance". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 611, 2005.

que este comportamento põe em xeque o argumento de que a obrigação do Artigo VIII serve como um mecanismo de constrangimento que eleva os custos de reputação que um estado vai pagar em caso de descumprimento. Em vez disso, ela vê o tratado como um dispositivo de rastreamento que sinaliza aos mercados futuras intenções políticas do Estado-parte. Acreditamos que a contribuição de Simmons resiste às críticas neste caso particular, pois os efeitos de antecipação são, sem embargo, efeitos, e o uso de defasagens na avaliação dos dados pode resolver a questão sobre os efeitos de seleção⁶⁷. Dito isso, a questão dos efeitos de seleção, junto com 'endogeneidade' e a causalidade reversa, é comum e transversal àquela dos estudiosos, que enfoca o dever de cumprimento⁶⁸.

3.2 Tribunais Internacionais

Uma segunda questão transversal é a criação de instituições jurídicas. Nesta seção, debruçamo-nos brevemente sobre o empirismo no funcionamento dos

67 Ver SIMMONS, Beth A; HOPKINS, Daniel J. "The Constraining Power of International Treaties: Theory and Methods". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 623, 2005 (argumentando que os efeitos das declarações do Artigo VIII são aplicáveis a uma série de modelos de seleção, incluindo técnicas de correspondência que tentam imitar semi-experimentos. Ver GRIECO, Joseph; GELPI, Christopher F.; WARREN, T. "When Preferences and Commitments Collide: The Effect of Relative Partisan Shifts on International Treaty Compliance". *International Organization*, vol. 63, p. 341, 2009 (apresentando evidências de que as preferências do Estado mudam de acordo com mudanças partidárias no Poder Executivo, e que estas alterações reduzem os efeitos restritivos do artigo VIII – muito embora o artigo VIII continue a exercer efeitos significativos causais, mesmo em face de mudanças na orientação partidária); KELLEY, Judith. "Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Non-surrender Agreements". *American Political Science Review*, vol. 101, p. 573, 2007 (fazendo uso de uma metodologia criativa para concluir que muitos Estados signatários do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional recusaram-se a celebrar acordos bilaterais de não rendição com os Estados Unidos devido à importância de preservar seus compromissos: "compromissos internacionais não apenas aproximam Estados; eles também os constroem").

68 Tecnicamente, a endogeneidade diz respeito a uma correlação entre a medida de uma variável independente e o termo de erro em uma regressão sobre a variável dependente. A endogeneidade tem muitas causas possíveis, uma das quais é a causalidade reversa – situação em que mudanças na variável dependente causam mudanças na variável (explicativa) independente. Essa possibilidade é problemática porque o padrão pressuposto é o de que a causalidade surge a partir da variável independente, alcançando posteriormente a variável dependente.

tribunais internacionais, que assumiram crescente importância ao longo das duas últimas décadas, na medida em que o direito internacional (até certo ponto) se judicializou⁶⁹. A judicialização não significa necessariamente, porém, que os interesses do Estado sejam ignorados, especialmente se juízes forem influenciados, em sua tomada de decisão, pelos seus próprios Estados, ou aqueles com orientações semelhantes, favorecendo-os. De maneira análoga, isso não significa que os tribunais tenham independência sobre seu comportamento. A teoria condicional do direito internacional é necessária para avaliar tanto as condições segundo as quais os tribunais são mais propensos a operar de forma independente quanto às condições em que eles são mais propensos a moldar comportamentos e estruturas de entendimento de obrigações internacionais.

Nos últimos anos houve um aumento do número de tribunais internacionais com distintas jurisdições sobre áreas específicas, tais como comércio, direitos humanos, direito do mar, investimentos e disputas territoriais. Em contraste com meados dos anos 1980, quando apenas alguns de tribunais internacionais atuavam, vinte e cinco foram identificados, assim como este texto, pelo *Project on International Courts and Tribunals*⁷⁰. Este desenvolvimento tem estimulado análises empíricas⁷¹.

Um importante tema concerne à questão sobre se estes tribunais podem ser considerados "independentes" em algum sentido. Os céticos argumentam

69 Abordamos brevemente o trabalho empírico em outras instituições internacionais, tais como organismos de normalização, em outro estudo. Ver GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. "How Does International Law Work?" in: *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, p. 753, 2011.

70 Estão incluídos doze tribunais internacionais e órgãos arbitrais, nove corpos regionais, e quatro tribunais penais híbridos envolvendo uma mistura de juízes nacionais e internacionais.

71 DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996; HAGAN, John. *Justice in the Balkans Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*. Chicago: University of Chicago Press, 2003; TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare; SWIGART, Leigh. *The International Judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*. Waltham: Brandeis University Press, 2007; VOETEN, Eric. "The Politics of International Judicial Appointments Evidence from the European Court of Human Rights". *International Organization*, vol. 61, p. 669, 2007.

que os tribunais internacionais são simplesmente agentes dos Estados que os criam, e são de menor importância⁷². Outros argumentam que os tribunais internacionais de fato desempenham um papel importante, se não tão central como os doutrinadores desejam⁷³. Na década de 1990, esta pergunta recebeu pela primeira vez a atenção extensiva em relação ao Tribunal de Justiça Europeu (TJE)⁷⁴.

A independência dos juizes internacionais – e, portanto, seu papel na definição e aplicação do direito internacional – é uma questão empírica importante. Uma pequena, mas cada vez mais sofisticada literatura começou a enfrentá-lo. De certa forma, a independência é mais fácil de analisar no patamar internacional do que no nacional, porque os juizes normalmente são nomeados pelos Estados-partes de um acordo internacional, e pode-se testar se esses juizes favorecem seus próprios Estados. Uma hipótese relativamente simples acerca de como os tribunais produzirão direito internacional é a de que os juizes irão favorecer seus próprios estados quando tiverem chances. Designar a participação do estado em um caso é um pouco mais fácil mensurar, comparativamente às variáveis independentes existentes no nível nacional, em que os estudos tendem a revelar preferências políticas (por exemplo, nos Estados Unidos, o partido de nomeação do presidente) nas variações de votos⁷⁵. Se os juizes internacionais votam sistematicamente a favor dos Estados-partes que os nomearam, a evidência sugere que eles estejam menos propensos a adotar papéis independentes, com base em seus próprios pontos de vista na interpretação do significado do direito ao longo do tempo.

72 Ver POSNER, Eric; YOO, John. "Judicial Independence in International Tribunals". *California Law Review*, vol. 93, p. 1, 2005.

73 GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. "Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution". *William and Mary Law Review*, vol. 45, p. 1229, 2004; HELFER, Laurence R; SLAUGHTER, Anne-Marie. "Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo". *California Law Review*, vol. 93, p. 899, 2005. Ver também a doutrina da OMC analisada na parte III abaixo.

74 Ver discussão em HAFNER-BURTON et al., nota *supra* 22.

75 Notamos, no entanto, que em disputas internacionais envolvendo partes privadas (como a arbitragem sobre investimentos), classe, incentivos à carreira e orientação ideológica podem também ser relevantes, o que torna a análise complexa, particularmente à luz do número relativamente pequeno de decisões.

A pesquisa empírica alcançou resultados diferentes no que concerne à independência dos juizes em relação aos estados que os designam. Usando uma análise multivariada para estudar a Corte Internacional de Justiça, Posner e Figueiredo descobrem que os juizes raramente votam contra seus Estados de origem e que favorecem Estados cujo nível de riqueza é próximo ao de seu próprio Estado⁷⁶. Posner e Figueiredo também mostram conexões, embora tênues, entre os padrões de voto dos juizes e a política ou semelhanças culturais dos estados envolvidos em disputas específicas. Eric Voeten realiza uma abordagem semelhante em sua análise abrangente de padrões de voto sobre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas, em contraste com o estudo anterior, conclui que os juizes nesta seara geralmente têm independência judicial⁷⁷. Revela, também, que a origem profissional faz a diferença, sendo que antigos diplomatas⁷⁸, bem como juizes *ad hoc* que atuam em um único caso, mostram-se mais favoráveis aos seus governos nacionais⁷⁹. A partir da perspectiva da teoria condicional do direito internacional, esses contrastes refletem indiscutivelmente diferenças entre os tribunais sendo estudados. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem jurisdição somente sobre Estados europeus, e todos os seus juizes são também europeus. Esses estados são mais homogêneos em seus interesses e pontos de vista do que na totalidade do corpo de membros da ONU ou juizes integrantes da Corte Internacional de Justiça. Além disso, uma vez que a cada parte em uma controvérsia perante a CIJ pode selecionar um juiz (como em um processo arbitral)⁸⁰,

76 POSNER, Eric; FIGUEIREDO, Miguel. "Is the International Court of Justice biased?" *Journal of Legal Studies*, vol. 34, p. 599, 2005.

Apesar de não encontrar nenhuma evidência de tendências regionais, os autores têm poucos dados sobre esta última questão devido à reduzida participação de dois terços dos membros da ONU. 77 VOETEN, Eric. "The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights". *American Political Science Review*, vol. 102, p. 417, 2008.

78 Ver também BRUINSMA, Fred J. "The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)". *Vereniging voor de Sociaal-wetenschappelijke bestudering van het Recht*, vol. 28, p. 7, 2007.

79 VOETEN (p. 425), nota *supra* 77.

80 GINSBURG e MCADAMS, nota *supra* 73. Por exemplo, o Artigo 31(2) do Estatuto da CIJ prevê: "Se a Corte incluir entre os magistrados um de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá designar uma pessoa de sua escolha para que assumo o lugar de magistrado. Essa pessoa deverá ser escolhida preferencialmente entre as que tenham sido indicadas como can-

há certa expectativa de que esse juiz será leal a seu estado de origem.

Apesar de muitos estudos sobre tribunais internacionais serem provenientes do campo das RI e, tomando um viés racionalista, considerarem interesses dos Estados, com juizes e outros atores condicionando papéis e efeitos dos tribunais, considerável trabalho sociológico sobre tribunais internacionais também vem sendo realizado. Este último trabalho é baseado em extensa pesquisa de campo e examina o desenvolvimento de tribunais internacionais ao longo do tempo, além dos novos campos jurídicos em que eles atuam. Alguns desses trabalhos concentram-se no papel de agentes individuais, à luz das disputas mais amplas entre profissões jurídicas, lançando mão das estruturas construídas por Pierre Bourdieu sobre o papel do profissional e do social na construção do direito⁸¹. Um maior número de trabalhos etnográficos acerca dos tribunais internacionais ajudaria a desenhar o quadro da motivação judicial quando da prolação de sentenças, moldando procedimentos e criando jurisprudência. Este trabalho complementar o programa de pesquisa quantitativa sobre a independência dos juizes internacionais em relação aos Estados nomeadores.

Uma segunda questão central atinente a tribunais internacionais na condição de atores é se (e em que condições) eles afetam a produção, consolidação e aplicação do direito internacional – e, portanto, seus resultados políticos. Sem essa avaliação, é difícil compreender seu desenho institucional, seja na reforma dos tribunais existentes, seja na criação de instituições futuras. Os estudos empíricos, que nos ajudam a entender os contextos em que os tribunais internacionais são eficazes, conformam uma parte importante da teoria condicional do direito internacional. Ginsburg e Richard McAdams, por exemplo, realizam uma análise quantitativa da CIJ na tomada de decisão para ilustrar a “expressiva” função do julgamento internacional⁸². Eles identificam que a CIJ,

didatos de acordo com os Artigos 4 e 5.” O Artigo 31 (3) prevê: “Se a Corte não incluir entre os magistrados um de nacionalidade de uma das partes, qualquer parte poderá, nos termos do parágrafo 2 deste Artigo, proceder à escolha de um juiz.”

81 DEZALAY e GARTH, nota *supra* 71.

82 GINSBURG e MCADAMS, nota *supra* 73; ver também SCHULTE,

frequentemente carente de poder sancionador, é mais eficaz quando, em vez de impor soluções, facilita a coordenação entre as partes, criando um ponto de referência que ajuda a coordenar as expectativas, mesmo na ausência de acordo. A CIJ é relativamente eficaz em ajudar os Estados a coordenar seu comportamento em conflitos *low-stake*, como disputas fronteiriças, mas menos eficaz quando o conflito armado já eclodiu e os Estados têm poucos incentivos para recuar. De maneira similar, Todd Allee e Paul Huth usam um banco de dados sobre disputas territoriais para examinar as condições em que os Estados recorrem às regras jurídicas internacionais⁸³. Utilizam como fator central os custos políticos internos. Quando os líderes creem que concessões irão gerar custos políticos, eles usam regras internacionais para dar suporte político a fim de chegar a um acordo. A decisão judicial fornece um novo ponto focal que ajuda os líderes a resolver posições conflitantes, em parte por meio da redução de pressões políticas internas de compensação.

De forma correlata, um corpo crescente de trabalhos empíricos ilumina o papel das instituições domésticas no que tange ao sucesso da adjudicação internacional. Em estudos sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia, Karen Alter explica como as decisões do Tribunal têm mobilizado dinamicamente atores domésticos, tais como empresas e juizes nacionais em tribunais inferiores (em contraste com juizes de tribunais de apelação e de cortes supremas⁸⁴). Este processo dinâmico ajudou a consolidar a integração europeia, porque as empresas passaram a ajuizar ações judiciais embasadas por institutos jurídicos da Corte Europeia de Justiça perante as cortes domésticas, cujos juizes endereçaram questões à Corte Europeia e proferiram decisões à luz de suas respostas. Mais recentemente, num estudo sobre o Tribunal

Constance. *Compliance with decisions of the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

83 HUTH, Paul; TODD Allee. “Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover”. *American Political Science Review*, vol. 100, p. 219, 2006.

84 ALTER, Karen J. *Establishing the Supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001; ver também HELFER, Laurence; ALTER, Karen. “Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of justice and the Andean Tribunal of Justice”. *International Organization*, vol. 64, p. 563, 2010, comparando a CJE e o Tribunal Andino.

de Justiça da Comunidade Andina, Laurence Helfer, Alter, e Florencia Guerzovich avaliam como “ilhas” de julgamento internacional eficazes podem surgir. Durante o seu primeiro quarto de século, o Tribunal emitiu mais de 1.400 decisões, mais de 90% das quais diziam respeito a propriedade intelectual – tornando-se o terceiro tribunal internacional mais ativo, atrás apenas do TJUE e da CEDH⁸⁵. Usando uma abordagem multimétodo envolvendo trabalho de campo e análise quantitativa, eles atribuem o sucesso da “ilha” de propriedade intelectual à demanda relativa a determinadas instituições domésticas (neste caso, institutos de propriedade intelectual), em comparação com os outros. Estes dois estudos demonstram o valor de se atentar aos incentivos dos atores domésticos para se adequar às decisões dos tribunais internacionais⁸⁶.

Em suma, o estudo empírico dos tribunais em diferentes disciplinas está florescendo à luz da crescente judicialização das RI. Focamos, nesta seção, em algumas questões amplas correlativas a tribunais internacionais, seus juízes, bem como o impacto interno das decisões desses tribunais. Agora nos voltamos a estudos empíricos adicionais dentro de cinco diferentes domínios do direito internacional.

4 ESTUDOS EMPÍRICOS EM ÁREAS SUBSTANTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL

O crescimento do trabalho empírico sobre direito internacional reflete a proliferação e fragmentação do direito internacional em uma matriz de diferentes domínios substantivos envolvendo múltiplas organizações internacionais que lidam com temas específicos. Ao mesmo tempo em que este crescimento institucional internacional jogou luz sobre a coerência do direito internacional, serviu também a propósitos funcionais diversificados, e suscita uma abordagem empírica acerca das duas questões de organização para esta seção: como cada domínio do direito internacional é produzido, e como e em que

85 HELFER et al., nota *supra* 34.

86 Ver também SHAFFER, Gregory. *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*. Washington: Brookings Institution, 2003, discutindo o papel catalisador dos interesses privados na litigância interestatal na OMC.

condições cada domínio da matéria de direito tem relevância? A razão central para esta tendência de especialização no trabalho empírico é que a produção e o impacto do direito internacional variam em função das diferentes condições encontradas nos domínios específicos. Este ponto básico foi desenvolvido cedo por Wolfgang Friedmann em seu tratado fundacional “*The Changing Structure of International Law*”, onde fez a diferenciação entre o direito internacional tradicional, de “coexistência”, e o surgimento do novo direito internacional, que aborda determinados objetivos funcionais em domínios específicos. A fragmentação do direito internacional reflete os contextos variados que os Estados, empresas e indivíduos enfrentam para avançar em seus objetivos particulares. Grande parte do novo rumo do trabalho empírico tem, assim, focado em questões concernentes a domínios específicos⁸⁷. Análises sobre domínios específicos têm a vantagem de ser realistas e capazes de isolar características que operam apenas nestes campos. Enquanto generalizar, sem definir um domínio específico, pode ser arriscado, as análises específicas de domínios podem, em conjunto, fornecer uma visão geral de como o direito internacional atua em diferentes condições, e por que ele funciona de forma diferente em áreas distintas.

4.1 Direitos Humanos

O direito internacional dos direitos humanos opera num contexto distinto. Ao contrário das outras áreas do direito que abordamos, esta não envolve problemas de ação coletiva ou externalidades materiais entre os estados. Assim, não apresenta, a partir da perspectiva da teoria dos jogos estratégicos, uma situação que possa ser analisada de forma proveitosa nos termos do dilema do prisioneiro, batalha dos sexos, ou outros jogos de coordenação⁸⁸. Estudiosos racionalistas podem, assim, afirmar que não devemos

87 FRIEDMANN, nota *supra* 4.

88 O “dilema do prisioneiro” é um “jogo colaborativo” em que as diferentes partes têm interesse mútuo em colaborar, mas enfrentam incentivos para não fazê-lo devido ao medo da não cooperação da outra parte. Em contraste, o “jogo de batalha dos sexos” é um “jogo de coordenação” em que as partes desejam cooperar, mas com escolhas diferentes. Por exemplo, um marido e uma mulher podem querer tirar férias um com o outro, mas um prefere as montanhas e o outro a praia. Ver a discussão em STEIN, Arthur A. “Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World”. *International Organization*, vol. 36, p. 299, 1982.

ver nenhum impacto dos tratados internacionais de direitos humanos e que os tratados internacionais de direitos humanos apenas refletem “conversa fiada”⁸⁹. Por conseguinte, são de grande importância, àqueles que procuram promover os direitos humanos, normas para determinar se o direito internacional dos direitos humanos, na verdade, é importante e, em caso afirmativo, como e em que condições.

Louis Henkin observou que quase todos os Estados observam quase todas as suas obrigações quase todo o tempo⁹⁰. Downs, Roche e Barsoom pontuaram que esta observação nos diz pouco sobre o poder do direito internacional, pois os Estados podem estar selecionando as obrigações cujo cumprimento é fácil⁹¹. Esta observação está refletida no grande número de reservas feitas em tratados de direitos humanos, ao contrário do que ocorre em outras áreas do direito internacional, como a criminal, comercial, de investimentos e a ambiental, todas abordadas na sequência⁹². Além disso, mesmo a conjectura de Henkin acerca da conformidade não foi totalmente verificada. Com efeito, ela não parece uma realidade em algumas áreas, e a seara dos direitos humanos tem sido um tema central do debate nesse sentido. Emilia Powell e Jeffrey Staton, por exemplo, mostram que quase 80% dos Estados que ratificaram a Convenção contra a Tortura violaram o acordo no ano de ratificação⁹³. A obra de Powell e Staton é parte de um debate muito importante a respeito da eficácia dos

instrumentos de direitos humanos que surgiram com o término da II Guerra Mundial. Na verdade, a maior parte do trabalho empírico sobre direitos humanos procura abordar diretamente a questão da relevância da legislação internacional sobre intervenção em nome dos direitos humanos. No entanto, em primeira instância, a questão relacionada a por que Estados assinam e ratificam tratados internacionais de direitos humanos também tem recebido certa atenção empírica.

4.2 Como o direito internacional dos direitos humanos é produzido.

A maioria dos estudiosos concorda que os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, primariamente, por motivos muito relevantes – que difere dos outros contextos que discutimos abaixo e ajuda a dar sentido à diferença entre a adesão generalizada aos instrumentos de direitos humanos globais e a prática dos Estados, que conta com pouca ou nenhuma fiscalização internacional desses instrumentos. Tanto estudiosos racionalistas quanto construtivistas foram adiante e testaram teorias empíricas importantes acerca da ratificação. A escola política afirma que os Estados entram em tratados internacionais de direitos humanos a fim de sinalizar a sua adesão às normas culturais globais, estilizadas como “universais”, “modernas” e “avançadas”; esses estudiosos sustentam que os tratados refletem e convergem expressamente em um processo de aculturação global⁹⁴. Racionalistas como Oona Hathaway e Beth Simmons fornecem evidências quantitativas que indicam que, embora os Estados de fato ratifiquem tratados internacionais de direitos humanos por razões expressivas, eles, tendo mecanismos independentes de aplicação de direito interno, estão mais propensos a ratificar tais tratados se acreditarem nas normas e que podem cumpri-las a um custo razoável⁹⁵. Isto é, os Estados com sistemas judiciais independentes estão cientes de que a ratificação de um tratado pode ter consequências por meio de rei-

89 Ver GOLDSMITH e POSNER, nota *supra* 20.

90 HENKIN, Louis. *How Nations Behave* (1979).

91 DOWNS et al., nota *supra* 64.

92 Ver HELFER, Laurence R. “Exiting Treaties”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 91, pp. 1579, 1641, 2005 (observando que os Estados ratificaram os tratados de direitos humanos com “dezenas de reservas duvidosas em termos legais”); HELFER, Laurence R. “Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design”. *Yale Journal of International Law*, vol. 31, p. 367, 2006.

93 Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 10 de dezembro de 1984; ver POWELL, Emilia e STATON, Jeffrey, “Domestic Judicial Institutions and Human Rights Treaty Violation”, *53 INT’L STUDIES*, p. 149 (2009); ver também GILLIGAN, Michael e NESBITT, Nathaniel. “Do Norms Reduce Torture?”, *38 J. LEGAL STUD.* 445 (2009) (utilizando o percentual de Estados do mundo que é parte da Convenção contra a Tortura como um padrão para avaliar o surgimento de normas anti-tortura; após calcular os níveis de tortura a partir da data em que a Convenção foi aberta à assinatura em 1985, até 2003; e não encontrando apoio para a proposição de que as normas anti-tortura reduzem a tortura ao longo do tempo).

94 BOLI-BENNETT, John; MEYER, John. “The Ideology of Childhood and the State”. *American Sociological Review*, vol. 43, p. 797, 1978; GOODMAN e JINKS, nota *supra* 27; BOYLE, nota *supra* 27; Meyer, nota *supra* 27.

95 SIMMONS, nota *supra* 1; HATHAWAY, Oona. “Do Human Rights Treaties Make a Difference?” *Yale Law Journal*, vol. 111, p. 1935, 2002.

vindicações perante seus tribunais nacionais. Em paralelo, Andrew Moravcsik alega que, a partir de uma variante internacionalista liberal de uma perspectiva racionalista, os tratados de direitos humanos são ratificados pelas democracias recém-estabelecidas para 'guardar' as políticas nacionais de direitos humanos ao transformá-los em compromissos de direito internacional⁹⁶. As políticas nacionais de direitos humanos podem, assim, tornar-se mais difíceis de serem revertidas.

Hathaway lançou uma nova onda de trabalhos empíricos com sua constatação contraintuitiva de que os Estados que ratificam tratados de direitos humanos são mais propensos, em média, a violar os acordos⁹⁷. Uma explicação é elucidativa. Ela sustenta que os Estados violadores visam a desviar das pressões políticas domésticas para sinalizar a intenção de melhorar a prática dos direitos humanos por meio de ratificações⁹⁸. Por outro lado, os Estados que contam com mecanismos legais internos de aplicação, mas que gozam de boa proteção aos direitos humanos, são menos propensos a ratificar tratados de direitos humanos, pois eles se preocupam caso não cumpram todas as obrigações previstas pelo tratado⁹⁹. Em tra-

balho posterior, Hathaway fornece evidências de que as decisões dos Estados a comprometer-se e cumprir os tratados de direitos humanos são de fato influenciados pela probabilidade da aplicação da jurisdição interna dos termos do tratado e nas consequências colaterais dos compromissos previstos pelo tratado¹⁰⁰. A partir de uma análise de riscos para testar a disposição dos Estados para ratificar os tratados de direitos humanos fundamentais, ela encontra suporte empírico robusto para estas proposições¹⁰¹.

Enquanto apenas Estados ratificam tratados, atores não estatais são fundamentais para o desenvolvimento de normas de direitos humanos, e estudiosos têm documentado os seus papéis-chave. Atores não estatais foram fundamentais, por exemplo, para a luta contra a escravidão no século XIX¹⁰². O seu trabalho não só levou à Convenção de 1926 para a Repressão do Tráfico de Escravos e Escravidão, mas também para a ampla aceitação da opinião de que a proibição da escravidão é uma norma de *jus cogens*.¹⁰³ Mais recentemente, os estudiosos têm documentado o papel de grupos de mulheres na promoção dos direitos das mulheres, culminando na Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher¹⁰⁴, e o papel dos grupos de defesa dos

96 MORAVCSIK, Andrew. "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe". *International Organization*, vol. 54, p. 217, 2000 (buscando suporte para suas proposições por meio de um exame aprofundado da criação e evolução do regime europeu de direitos humanos pós-Segunda Guerra Mundial sob a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 4 de novembro de 1950, ETS No. 5, 213 UNTS 221).

97 HATHAWAY, nota *supra* 95; ver também HAFNER-BURTON, Emilee; TSUTSUI, Kiyoteru; MEYER, John. "International Human Rights Law and the Politics of Legitimation: Repressive States and Human Rights Treaties". *INT'L SOC.*, vol. 23, p. 115, 2008.

98 Um estudo recente de Peter Rosendorff e James Hollyer inverte toda a questão, sustentando que os ofensores que encabeçam um regime autoritário ratificam, mesmo considerando que haverá custos internacionais, como um sinal aos oponentes domésticos da vontade do governo de exaltar a repressão. HOLLYER, James e ROSENDORFF, Peter. *Why Do Authoritarian Regimes Sign the Convention Against Torture? Signaling, Domestic Politics and Non-compliance*, disponível em <https://files.nyu.edu/bpr1/public/papers/HollyerRosendorffQJPS.pdf>.

99 Este legalismo pode ser superado quando preocupação suficiente é colocada em perspectiva internacional. Ver SIMPSON, A. "Britain and the Genocide Convention". *British Yearbook of International Law*, vol. 5, 2003 (em estudo de caso sobre as razões por trás da adesão britânica à Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio), 9 de dezembro de 1948, S. EXEC. DOC. NO.

91-B (1970), 78 UNTS 277.

100 HATHAWAY, Oona. "Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?". *Journal of Conflict Resolution*, vol. 51, p. 588, 2007.

101 A análise de risco é uma ferramenta estatística cujo foco está na duração de um fenômeno de interesse e nos fatores que levam a alterações. BOX-STEFFENSMEIER, Janet; JONES, Bradford. *Event History Modeling: a Guide for Social Scientists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

102 CHAMOVITZ, Steve. "Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, pp. 183, 191-92, 1997 (descrevendo esforços de ONGs para combater a escravidão); NYE JR., Joseph. "The Information Revolution and the Paradox of American Power", *ASIL Proceedings*, vol. 97, pp. 67, 70, 2003 ("Organizações religiosas transnacionais opõem-se à escravidão desde 1775").

103 25 de setembro de 1926, 46 Stat. 2183, 60 LINTS 253; ver *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States §702* (1987), listando proibições relacionadas à escravidão como *jus cogens*.

104 18 de dezembro de 1979, 1249 UNTS 13; ver MCPHEDRAN, Marilou; BAZILLI, Susan; ERICKSON, Moana; BYRNES, Andrew. *The First Cedaw Impact Study: Final Report*, 2000 (revelando que a CEDAW não teria sido adotada sem o esforço de ONGs); ver também KECK, Margarete E; SIKKINK, Kathryn. *Activists Beyond Borders: advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press,

direitos das crianças na promoção da Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança.¹⁰⁵ A dinâmica que permite que alguns grupos tenham sucesso utilizando-se de quadros normativos específicos, enquanto outros não, é uma área importante a ser explorada.¹⁰⁶

4.3 Como e sob quais condições internacionais os direitos humanos são importantes.

A doutrina continua a girar em torno da questão fundamental de saber se e em que condições os tratados internacionais de direitos humanos fazem a diferença para aqueles que os ratificam. Estudiosos destacaram as condições que afetam o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos. Entender esse relacionamento tem implicações normativas para aqueles que procuram promover o projeto de direitos humanos.

Um tema emergente nessa literatura diz respeito à necessidade de instituições nacionais para se proteger os direitos humanos, de modo que a adesão tem mais chances de melhorar o desempenho em democracias do que em autocracias. O envolvimento da

1998 (descrevendo como redes de ONGs abordaram o problema da violência contra as mulheres).

105 20 de novembro de 1989, 1577 UNTS 3; ver COHEN, Cynthia. "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention of the Rights of the Child". *Human Rights Quarterly*, vol. 12, p. 137, 1990 (descrevendo o envolvimento das ONGs por meio de documentos da ONU e das próprias ONGs); ver também GRUGEL, Jean; PERUZZOTTI, Enrique. "Grounding Global Norms in Domestic Politics: Advocacy Coalitions and the Convention on the Rights of the Child in Argentina". *Journal of Latin American Studies*, vol. 42, p. 29, 2010 (descrevendo o papel de ativistas na promoção do direito das crianças na Argentina); GRUGEL, Jean; PERUZZOTTI, Enrique. "Claiming Rights under Global Governance Children's Rights in Argentina". *Global Governance*, vol. 13, p. 199, 2007 (estudo de caso descrevendo o impacto da Convenção sobre o Direito das Crianças na advocacia doméstica da Argentina).

106 Ver ANDERSON, Carol. *Eyes off the prize: the United Nations and the African American struggle for human rights, 1944-1955*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (a Associação Nacional para o Avanço das Pessoas de Cor foi incapaz de lançar uma agenda de direitos humanos nas Nações Unidas – o que resultou no lançamento de um Movimento de Direitos Civis sem foco nos direitos sociais e econômicos necessários para se alcançar a igualdade dos negros); KECK e SIKKINK (p. 184), nota *supra* 104, apontando como a incorporação de reivindicações das mulheres no "quadro dos direitos", ou em um quadro mais amplo supriu o quadro de "discriminação" da convenção das mulheres de 1979 e o "desenvolvimento" de um quadro das mulheres no debate sobre desenvolvimento.

sociedade civil, em particular, parece crucial. Linda Keith utiliza um modelo relativamente simples para mostrar que a independência judicial está positivamente correlacionada com a proteção dos direitos humanos em todo o mundo¹⁰⁷. Eric Neumayer usa um modelo de abordagem mais sofisticado para mostrar que a ratificação de instrumentos de direitos humanos favorece proteções no interior de Estados onde existam instituições democráticas e uma sociedade civil forte¹⁰⁸.

Uma vez que tanto a natureza do Estado quanto das instituições que o compõem afetam a importância do direito internacional, um problema potencial dos estudos empíricos é a utilização de amostras demasiadamente generalizantes. Em uma astuta abordagem, Simmons dá um passo metodológico importante ao desagregar a amostra de Estados de modo a excluir tanto os falsos positivos (Estados que ratificam tratados sem a intenção de cumprir) quanto os falsos negativos (Estados que não precisam ratificar tratados para compelir ao cumprimento das garantias de direitos humanos)¹⁰⁹. Ela observa que:

*“em direitos civis e políticos, o maior impacto de um tratado é mais suscetível de ser encontrado não nos extremos estáveis de democracia e autocracia, mas na massa de nações com instituições em fluxo, onde os cidadãos potencialmente têm motivos e meios para alcançar sucesso na reivindicação de seus direitos”*¹¹⁰.

A autora conclui que, para este grupo do meio de Estados (após a exclusão dos extremos), a ratificação de instrumentos de direitos humanos está associada a melhorias positivas na proteção dos direitos, com

107 KEITH, Linda C. "Judicial Independence and Human Rights Protection around the World". *Judicature*, vol. 85, p. 194, 2002.

108 NEUMAYER, Eric. "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?" *International Conflict Resolution*, vol. 49, p. 69, 2005; ver SIMMONS, nota *supra* 1; HATHAWAY, nota *supra* 95; HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans. "The impact of the United Nations human rights treaties on the domestic level". *Human Rights Quarterly*, vol. 23, p. 483, 2001; KEITH, Linda C. "The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: does it make a difference in human rights behavior?", *Journal of Peace Research*, vol 36, p. 95, 1999.

109 SIMMONS, nota *supra* 1.

110 *Id.*, p. 155.

as principais variáveis intervenientes sendo a mobilização doméstica e a execução judicial doméstica.

Para o grupo dos Estados do meio, ela acredita que os tratados de direitos humanos estruturam agendas executivas, fornecem suporte para o litígio de questões que envolvem direitos humanos perante os tribunais internos e desencadeiam mobilização popular. Ela resume seu extenso trabalho quantitativo, juntamente com alguns estudos qualitativos, da seguinte maneira: “Os resultados dos direitos humanos são altamente dependentes da natureza de demandas, instituições e capacidades doméstica”¹¹¹. Tratados internacionais de direitos humanos, em outras palavras, constituem uma alavanca para que a mobilização nacional possa atingir melhores resultados, mas não funcionam bem por conta própria, na ausência de mobilização doméstica. Esta descoberta se coaduna com outros estudos empíricos que enfatizam o papel da mobilização da sociedade civil em ambientes domésticos na efetiva implementação dos direitos humanos¹¹². Na verdade, a existência de organizações da sociedade civil é uma variável central para os sociólogos que trabalham com a tradição da política mundial; estudos constataram que os processos de difusão surtem efeitos, embora sujeitos a determinadas condições locais em que as normas “modernas” são mais propensas a dominar¹¹³.

A ênfase no poder de mediação de instituições nacionais e de grupos da sociedade civil demonstra que os efeitos dos tratados de direitos humanos podem ser indiretos e ter vários canais. Em importante estudo etnográfico, Sally Merry investiga as relações entre a produção global e a apropriação local de direitos

111 *Id.*, p. 373.

112 Ver LINOS, Katerina. “Diffusion through Democracy”. *American Journal of Political Science*, vol. 55, p. 678, 2011 (examinando por que *soft law* internacional e transnacional muitas vezes desencadeia grandes reformas jurídicas nacionais, apesar dos fortes contrangimentos que os diferentes eleitorados nacionais impõem aos líderes dos países democráticos); HAFNER-BURTON, Emilie M.; TSUTSUI, Kiyoteru. “Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises”. *American Journal of Sociology*, vol. 110, p. 1373, 2005.

113 Ver BOYLE, nota *supra* 27, fazendo uso de uma combinação de métodos quantitativos e qualitativos para investigar como os atores nos níveis internacional, nacional e local afetam as políticas e práticas sobre circuncisão feminina.

humanos concernentes à violência de gênero em cinco Estados na região asiática do Pacífico, com foco nos papéis das conferências da ONU, no ativismo das ONGs transnacionais e em outros intercâmbios transnacionais de ideias e práticas¹¹⁴. Ela destaca “o papel dos ativistas que servem como intermediários entre os diferentes conjuntos culturais de entendimento de gênero, violência e justiça”¹¹⁵ e que se apropriam das normas jurídicas internacionais para fins locais. O trabalho de Merry conclui que a lei internacional dos direitos humanos tem mais propensão a ser relevantes onde atores não estatais funcionam eficazmente como intermediários para transmitir e adaptar as normas de direitos humanos para determinados contextos domésticos. Esses processos de adaptação local constituem formas de indigenização e *bricolage*, ou o que poderia ser chamado de “globalismos localizados”¹¹⁶.

Em um mundo de fragmentação jurídica internacional, as influências de diversas áreas de direito internacional podem se complementar ou contrariar dentro dos Estados¹¹⁷. Direito internacional econômico e política, por exemplo, têm potencial de impedir ou fomentar a melhoria dos direitos humanos.¹¹⁸ Atores podem alguma vez utilizar diferentes regimes de direito internacional para competir por influência. Estudiosos analisaram empiricamente esses processos e avaliaram seus resultados. Boyle e Minzee Kim, por exemplo, utilizam métodos quantitativos para avaliar o relativo impacto da tensão entre direitos

114 MERRY, nota *supra* 28.

115 MERRY, Sally E. “Human Rights and Transnational Culture: Regulating Gender Violence through Global Law”. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, p. 53, 2006.

116 Ver também DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The Internationalization of Palace Wars lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002, quanto à adoção de direitos humanos globais e receitas econômicas neoliberais na América Latina.

117 SHAFFER e POLLACK, nota *supra* 58.

118 Ver ABOUHARB, Rodwan; CINGRANELLI, David. *Human rights and structural adjustment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, constatando que a celebração de acordos de ajuste estrutural com o Banco Mundial tem um impacto negativo sobre a proteção dos direitos humanos; HAFNER-BURTON, Emilie M. “Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression”, *International Organization*, vol. 59, p. 593, 2005 (mostrando que as relações internacionais na forma de acordos comerciais podem melhorar as práticas de direitos humanos).

humanos e normas neoliberais de desenvolvimento adotadas em um período de 20 anos de tratados de direitos humanos e acordos de ajuste estrutural, respectivamente, em mais de setenta países de baixa e média renda¹¹⁹. O estudo conclui que a norma de direitos humanos concernente à educação primária universal prospera, em parte significativa, por meio da operação de ONGs transnacionais que lançaram mão da legitimidade dessas normas.

As perguntas sobre se, quando e como acordos e normas de direitos humanos fazem diferença continuarão a ser importantes, e ainda há muito a ser estudado. Mas o trabalho até esta data tem avançado significativamente adiantado a teoria condicional do direito internacional. Nós vemos quatro grandes desafios para essa literatura. Primeiro, o campo tem de seguir a abordagem de Simmons de desagregar a análise qualitativa comparada, descartando extremos em que acordos internacionais de direitos humanos são ratificados sem a menor intenção de fazer cumpri-los (Zimbábue), ou com a intenção de cumprir as normas internacionais de direitos humanos sem qualquer necessidade ratificá-los (Estados Unidos). O impacto real dos instrumentos pode ser visto em Estados situados no meio. Em segundo lugar, o campo necessita de melhores medidas sobre direitos humanos para aferir seus resultados, que é a variável dependente na pesquisa quantitativa. Muito do trabalho quantitativo existente baseia-se em indicadores subjetivos de violações de direitos humanos. Os relatórios anuais do Departamento de Estado dos EUA, por exemplo, são atraentes por sua amplitude e abrangência longitudinal, mas estão sujeitos a alguns vieses políticos. Uma pequena, porém importante, literatura sobre os desafios da mensuração dos direitos humanos tem se amalgamado e é propícia a produzir melhorias progressivas nos indicadores utilizados na avaliação do desempenho dos direitos humanos¹²⁰. Produzir indicadores novos é difícil, mas

119 KIM, Minzee; BOYLE, Elizabeth e HALTINNER, Kristin. „Neoliberalism, Transnational Education Norms, and Education Spending in the Developing World”, 1983-2004, *LAW & SOC. INQUIRY* (no prelo).

120 CINGARELLI, David; RICHARDS, David. “The Quantitative Study of Human Rights Violations” in: FORSYTH, David. *The Encyclopedia of Human Rights*, 2009; LANDMAN, Todd; CARVALHO, Edzia. *Measuring human rights*. New York: Routledge, 2010; ver também DA-

todos os indicadores padrão de abusos de direitos humanos têm suas falhas. Terceiro, muitos estudos empíricos usam a ratificação como uma variável binária para capturar participação nos regimes internacionais de direitos humanos. Mas, certamente, a participação não é uma questão de tudo-ou-nada; a participação estatal se verifica em diferentes graus e modalidade. Refletir cuidadosamente sobre a variável independente será importante para o trabalho futuro que tentar capturar o impacto dos regimes internacionais. Finalmente, uma combinação de métodos quantitativos e estudos de caso envolvendo trabalho de campo bem embasado seria útil para avaliar aprofundadamente os mecanismos por meio dos quais, e em que condições, o direito internacional dos direitos humanos importa. A doutrina jurídica que temos discutido representa um passo na direção certa¹²¹.

4.4 Direito Penal Internacional e Direito Humanitário

O problema enfrentado em direito internacional penal (DIP) e no direito internacional humanitário (DIH) é mais complexo do que a dos direitos humanos. Por um lado, DIP e DIH têm, em parte, o mesmo objetivo fundamental dos direitos humanos em expressar as normas de boa conduta¹²². Por outro lado, DIP e DIH

VIS, Kevin; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally. “Indicators as a Technology of Global Governance”. *Institute for International Law and Justice*, Working Paper No. 2010/2, 2011 (discutindo como os indicadores têm sido utilizados na governança global e como o uso de indicadores tem o potencial de alterar a natureza da governança global). Para trabalhos anteriores, ver JABINE, Thomas B; CLAUDE, Richard P. *Human rights and statistics: getting the record straight*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991.

121 GOODEMAN, Ryan; JINKS, Derek; WOODS, Andrew. “Social Science and Human Rights” in: GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek; WOODS, Andrew. *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2012.

122 Ver BLUM, Gabriella. “The Laws of War and the ‘Lesser Evil’”. *Yale Journal of International Law*, vol. 35, p. 1, 2010 (descrevendo a “força expressiva” dos DIH como sua “única fonte de força”); SLOANE, Robert. “Prologue to a Voluntarist War Convention”. *Michigan Law Review*, vol. 106, p. 443, 2007 (“Esforços para rever o DIH devem considerar não só o provável efeito de novas regras propostas sobre as estruturas de incentivo, mas também as suas dimensões expressivas”); SLOANE, Robert. “The Expressive Capacity of International Punishment: the Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law”. *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, p. 39, 2007, mostrando que tribunais penais internacionais podem contribuir eficazmente para a ordem pública mundial como instituições penais autoconscientes

frequentemente envolvem questões de reciprocidade em relação a tratamento e dilemas envolvendo situações de prisioneiros. Para teóricos instrumentalmente orientados, os Estados e suas forças armadas, em um esforço para garantir que suas forças e civis sejam tratados humanamente, usam o direito internacional para codificar entendimentos recíprocos¹²³. Também ao contrário dos direitos humanos, alguns crimes no DIP, como a pirataria em alto mar, envolvem problemas de ação coletiva. DIP e DIH também diferem das áreas do direito que abordaremos em seções subsequentes – comércio internacional, investimento e direito ambiental –, na medida em que o DIP e o DIH envolvem, recorrentemente, questões que afetam a sobrevivência do Estado ou conflitos de elite pelo poder. Nessas questões de “alta política”, o direito pode ser relegado a um papel subordinado. Como resultado, dilemas normativos sobre o uso apropriado do direito internacional em relação a alternativas políticas tornam-se especialmente marcantes, destacando a necessidade da teoria condicional do direito internacional

O crescimento explosivo das instituições internacionais para regular a conduta dos conflitos armados – incluindo a expansão do DIP – tem sido um dos grandes desenvolvimentos das duas últimas décadas. Aproximadamente 50 anos depois de Nuremberg, a comunidade internacional criou dois grandes tribunais internacionais *ad hoc* (o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia - TPII), seguido pelo Tribunal Penal Internacional, bem como tribunais *ad hoc* para o atentado de Lockerbie, para o assassinato do antigo primeiro-ministro libanês Rafik al Hariri e para crimes de guerra cometidos em Serra Leoa. Esses desenvolvimentos têm estimulado disputas políticas com grandes implicações normativas, dando origem a doutrinas empíricas para sustentar suas alegações. Um argumento central do movimento anti-impunidade, de Nuremberg em diante, tem sido dizer que os processos criminais por graves violações dos direitos humanos têm um efeito significativo de dissuasão, que eles facilitam transições democráticas e que eles

e expressivas.

123 Ver MORROW, James D. “When Do States Follow the Laws of War?”. *American Political Science Review*, vol. 101, p. 559, 2007.

ajudam a moldar memórias coletivas de forma mais propícia à paz duradoura¹²⁴. Essa afirmação tem de ser examinada empiricamente, à luz de circunstâncias diferentes que podem afetar os resultados desejados.

4.5 Como o DIP e o DIH são produzidos.

A maior parte do trabalho empírico sobre por que o DIH e o DIP é construção de estudos de caso históricos e qualitativos¹²⁵. Na década de 1990, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos, trabalhando no âmbito do Conselho de Segurança da ONU, impulsionaram a criação de tribunais internacionais *ad hoc*. Os Estados Unidos, no entanto, resistiram à criação do Tribunal Penal Internacional, que foi apoiada por países europeus e muitos outros, incluindo Canadá.

Estudos empíricos têm examinado as diversas alianças entre Estados, ONGs e organizações internacionais que trabalharam para criar esses novos tribunais¹²⁶. Esse trabalho empírico foi de suma importância para desafiar as teorias centradas no estado no comportamento internacional, e ilustra os significativos resultados teóricos para o trabalho empírico qualitativo que descrevemos. DIP e DIH têm sido produzidos por meio do trabalho de indivíduos, ONGs e Estados, com atores privados e eventos particulares como catalisadores¹²⁷. O papel de Henry

124 AKHAVAN, Payam. “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”. *American Journal of International Law*, vol. 95, p. 7, 2001 (“A evidência empírica sugere que o TPII e TPIR têm contribuído significativamente para a construção da paz nas sociedades do pós-guerra, bem como para a introdução da responsabilidade criminal na cultura das relações internacionais”); BASSIOUNI, M. “Combating impunity for international crimes”. *University of Colorado Law Review*, vol. 71, pp. 409-422, 2000 (“Acredita-se que a busca por justiça e responsabilização constitui um valor humano fundamental, ajuda a alcançar a paz e a reconciliação, e contribui para a prevenção e a dissuasão de conflitos futuros”).

125 Ver VEUTHEY, Michel. “From Solferino to Kosovo: the Contribution of International Humanitarian Law to International Security”. *International Humanitarian Law*, vol. 1, pp. 207-238, 2003 (descrevendo eventos que levaram a mudanças relevantes no DIH).

126 Ver GLASIUS, Marlies. *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*. London: Routledge, 2006 (descrevendo o envolvimento de ONGs e outros atores exigindo a criação do TPI); KOREY, William. *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*. New York: St. Martin's Press, 2001 (descrevendo o processo que levou ao estabelecimento do TPII).

127 Ver GOLDSTEIN, Bohunk. “Implementation of International Humanitarian Law by Diplomacy, Official and Non-governmental”.

Dunant, um empresário suíço, ao fundar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha em 1863 e fazer *lobby* perante os Estados para a elaboração da Convenção de 1864 (Genebra) é notório¹²⁸. A Cruz Vermelha continua a ser um ator ativo e defensor das Convenções de Genebra e das subsequentes Convenções de Haia e seus protocolos¹²⁹. Dunant agiu como um precursor para figuras proeminentes do DIH, como Rafael Lemkin em relação ao crime de genocídio. As ONGs também atuaram como catalisadores da Convenção de Ottawa, aprovada na esteira da Campanha Internacional para Banir as Minas Terrestres, de 1997, que (com seu líder Jody Williams) ganhou o Prêmio Nobel da Paz de 1997¹³⁰.

Estudiosos atentam para o funcionamento interno

International Humanitarian Law, nota *supra* 125, pp. 161, 176-77, descrevendo a Campanha Internacional pelo Banimento de Minas Terrestres (lançada por dezesseis ONGs) e a Coalizão das ONGs por um Tribunal Penal Internacional; MERON, Theodor. "The Humanization of Humanitarian Law". *American Journal of International Law*, vol. 94, pp. 239-278, 2000 (descrevendo eventos que levaram a mudanças no DIH); VEUTHEY, nota *supra* 118.

128 SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiri. *The laws of armed conflicts: a collection of conventions, resolutions, and other documents*. 3ª ed. Dordrecht: Nijhoff, 1988; ver GREENWOOD, Christopher. "Historical Development and Legal Basis" in: FLECK, Dieter. *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª ed., 2008, descrevendo resumidamente o envolvimento de Dunant com o DIH; MOOREHEAD, Caroline. *Dunant's dream: war, Switzerland, and the history of the Red Cross*. New York: Carroll & Pub, 1999.

129 BUGNION, François. "The International Committee of the Red Cross and the development of international humanitarian law". *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, p. 191, 2004 ("Não obstante a sua origem privada, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha... tem sido a principal força motriz por trás do desenvolvimento do direito internacional humanitário ao longo dos últimos 140 anos"); FINNEMORE, nota *supra* 27, explorando o papel do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no estabelecimento e na codificação dos princípios das Convenções de Genebra); RATNER, nota *supra* 39.

130 MASLEN, Stuart. *The convention on the prohibition of the use, stockpiling, production, and transfer of anti-personnel mines and on their destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1997. Richard Price mostra como a sociedade civil internacional, em uma coalizão global contra o uso de minas terrestres, deslocou com sucesso o debate sobre minas terrestres de uma questão militar para uma questão humanitária e, assim, mudou as normas e comportamento da grande maioria dos países do mundo. PRICE, Richard. "Reversing the Gun Sights: Transnational Civil Society Targets Land Mines". *International Organization*, vol. 52, pp. 613-644, 1998. O tratado, que entrou em vigor em 1º de março de 1999, contava com 157 partes signatárias em novembro de 2011. Ver http://disarmament.un.org/treaties/t/mine_ban. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

dos tribunais penais internacionais e para os fatores que conduziram à elaboração desse ramo do direito nas últimas décadas. Dado seu *status* como o mais maduro e produtivo dos tribunais penais internacionais, muita atenção centrou-se sobre o TPII. O sociólogo John Hagan examinou as condições subjacentes segundo as quais a carismática promotora-chefe Louise Arbour, apoiada por um específico contexto institucional, estrategicamente escolheu casos-chave e influenciou os meios de comunicação a estabelecer a legitimidade do TPII e lançar as bases para a construção do TPI¹³¹. Esse trabalho destaca o contingente e o papel transformador que os indivíduos podem desempenhar no plano internacional. Hagan, Ron Levi, e Gabrielle Ferrales posteriormente realizaram mais entrevistas de campo, observação participante, e uma pesquisa de duas levas de funcionários do TPII, para avaliar mudanças no Tribunal à luz das mudanças na política dos EUA atinentes ao tribunal sob a administração Bush, mediada pela dinâmica das organizações internacionais¹³². Eles encontraram um declínio da satisfação no trabalho e uma queda no moral resultante da perda de um sentido de relevância organizacional – o qual impede o funcionamento do Tribunal. Esse estudo deve conduzir os teóricos a analisar mais detidamente como o comportamento organizacional pode ser afetado pelas relações entre a organização em questão e externalidades (dos Estados Unidos, neste caso). Uma literatura semelhante está surgindo sobre o Tribunal Penal Internacional, embora os resultados devam ser considerados preliminares, tendo em vista o reduzido número de casos que o Tribunal apreciou até o momento¹³³.

131 HAGAN, John. *Justice in the Balkans prosecuting war crimes in the Hague Tribunal*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

132 HAGAN, John; LEVI, Ron; FERRALES, Gabrielle. "Swaying the Hand of Justice: The Internal and External Dynamics of Regime Change at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Law & Social Inquiry*, vol. 31, pp. 585-616, 2006.

133 Ver DEITELHOFF, Nicole. "The Discursive Process of Legalization: Charting Islands of Persuasion in the ICC Case". *International Organization*, vol. 63, p. 33, 2009 (fazendo uso da análise de discurso para mostrar uma mudança de enquadramento durante as negociações – quando a maioria dos países se afastou da posição defendida pelas grandes potências, o que sugere o papel da persuasão); KIRSCH, Philippe; HOLMES, John. "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process". *American Journal of International Law*, vol. 93, pp. 2-12, 1999; SIMMONS, Beth; DANNER, Allison. "Credible commitments and the International Criminal Court". *International Organization*, vol. 64, p.

Relativamente poucos estudos examinaram o processamento de crimes internacionais em tribunais nacionais, uma via alternativa para o fortalecimento das instituições internacionais. Em um estudo compreensivo, todavia, Maximo Langer mostra que processos nacionais baseados na jurisdição universal são relativamente raros, além de sujeitos a controles políticos, e que, conseqüentemente, concentram-se em acusados provenientes de Estados que são menos propensos a gerar custos políticos significativos para o Estado que processa¹³⁴. Da mesma forma, Eugene Kontorovich e Steven Art estudam a incidência da jurisdição universal em processos por pirataria cometidos ao longo de um período de doze anos (1998-2009) e atestam que o processamento extranacional ocorre em apenas 1,47% dos casos, refletindo graves problemas das ações coletivas¹³⁵. Esses resultados sugerem, assim, que os estados podem voltar-se aos mecanismos internacionais para superar tais dificuldades. Eles também ilustram tanto o poder do trabalho empírico de informar debates normativos quanto os riscos de simplesmente presumir que os sistemas domésticos fornecem um substituto eficaz para o direito internacional.

4.6 Como e em que condições DIP e DIH importam.

A evidência empírica sugere que o impacto da aplicação do DPI deve ser dividido em termos de longo e curto prazo, em diferentes condições. Quanto aos efeitos de longo prazo, a evidência indica que Nuremberg teve um importante efeito didático a respeito da regeneração da identidade nacional alemã¹³⁶. Tribunais penais internacionais, em outras palavras, podem potencialmente servir a propósitos educativos de longo prazo, influenciando a reconciliação nacional e, com o tempo, as memórias coletivas do passado, tendo assim um impacto sobre as relações interestatais futuras. Os estudiosos também têm mostrado empiricamente que o desenvolvimento do direito penal nacional e das instituições jurídicas tem reduzido significativamente a violência dentro dos

Estados ao longo do tempo. Resta saber, contudo, se a recente ascensão do DPI e das instituições de DPI – sob condições muito diferentes de legitimidade daquelas dos tribunais nacionais – surtirá efeitos dissuasórios de longo prazo, especialmente em situações que envolvem conflitos civis¹³⁷.

Um grupo de estudiosos realistas pautou-se em estudos de caso sugestivos de que o processamento por crimes de guerra pode ter conseqüências perversas, possivelmente estimulando líderes e insurgentes a resistir a negociações de cessar-fogo devido ao receio de serem processados¹³⁸. Eles defendem que tais processos criminais poderiam levar a violações exacerbadas de direitos humanos. Enquanto a maior parte do trabalho empírico na arena de DPI e de justiça de transição se refere a casos específicos, tornando difícil a generalização, alguns estudiosos optaram por se engajar em estudos mais amplos, transnacionais. Jack Snyder e Leslie Vinjamuri, dois acadêmicos do campo da segurança internacional, fazem o levantamento das reclamações dos autores de processos internacionais e, em um estudo de trinta e dois casos de guerra civil, revelam que processos informados por padrões universais frequentemente não auxiliam

137 Ver, por exemplo, estudos sobre conflitos interestatais mais recentes, tais como STOVER, Eric; WEINSTEIN, Harvey. *My neighbor, my enemy: justice and community in the aftermath of mass atrocity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004 (constatando que “os julgamentos internacionais ou nacionais podem ter pouca relevância para a reconciliação em países pós-guerra”, de modo que “se faz necessária a implantação de estratégias multi-sistêmicas a fim de que o reparo social possa ocorrer”); FLETCHER, Laurel; WEINSTEIN, Harvey. “Violence and social repair: rethinking the contribution of justice to reconciliation”. *Human Rights Quarterly*, vol. 243, pp. 573-639, 2002 (estudo baseado em entrevistas de bósnios, argumentando que, para quaisquer sociedades reconstituírem-se de maneira pacífica, intervenções alternativas têm de ser implantadas em conjunto com julgamentos de crimes de guerra); MEERNIK, James. “Justice and Peace? How the International Criminal Tribunal Affects Societal Peace in Bosnia”. *Journal of Peace Research*, vol. 42, pp. 271-289, 2005 (revelando que o TPII surtia apenas um efeito limitado na melhoria das relações entre os grupos étnicos bósnios); e MENDELOFF, David. “Trauma and Vengeance: Assessing the Psychological and Emotional Effects of Post-Conflict Justice”. *Human Rights Quarterly*, vol. 31, pp. 592-623, 2009 (examinando a escassa evidência empírica no campo da justiça transnacional e revelando pouco suporte à proposição de que a verdade prejudica os indivíduos, ou que satisfaz a necessidade de justiça das vítimas).

138 GOLDSMITH, Jack; KRASNER, Stephen D. “The Limits of Idealism”. *Daedalus*, vol. 132, pp. 47-63, 2003.

225, 2010 (fazendo uso de uma abordagem realista).

134 LANGER, nota *supra* 34.

135 KONTOROVICH e ART, nota *supra* 34.

136 KARSTEDT, Susanne. “Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989: Public Judgments on Procedures and Justice”. *Law & Policy*, vol. 20, p. 15, 1998.

na redução das violações¹³⁹. Eles também descobrem que anistias legítimas estão geralmente associadas a melhores resultados. Do mesmo modo, Ku e Jide Nzelibe analisam dados a respeito do destino dos líderes golpistas africanos no período que compreende 1955-2003 e constatam que estes líderes não são suscetíveis de ser dissuadidos pela ameaça de processo ante a um tribunal penal internacional e que tais acusações poderiam exacerbar ainda mais as atrocidades, reduzindo os incentivos dos demandantes de se envolver em negociações de paz¹⁴⁰.

Numerosos outros estudos, no entanto – tanto estudos de casos específicos quanto gerais – sugerem que os julgamentos penais por abusos de direitos humanos têm tido efeitos positivos, que variam em função de seu tempo e utilização. Digno de nota neste contexto é que o DIP está muitas vezes ligado, direta ou indiretamente, ao uso de mecanismos de justiça de transição no interior dos estados, tais como julgamentos criminais, comissões da verdade e restringindo o acesso de indivíduos a empregos públicos. A literatura sobre DIP, conseqüentemente, coincide com a literatura mais ampla sobre justiça de transição, na sequência de guerras civis. O melhor trabalho nessa área adota uma abordagem cuidadosa, cheia de nuances, em vez de rechaçar ou realizar juízos de valor. Sikkink e Carrie Walling salientam a importância de se examinar as condições em que os julgamentos criminais podem contribuir para o aperfeiçoamento dos direitos humanos¹⁴¹. Baseado numa pesquisa sobre as comissões da verdade e os julgamentos de direitos humanos em 192 países, os dois pesquisadores revelam que anistias e julgamentos por violações

dos direitos humanos são frequentemente utilizados conjuntamente ao longo do tempo; por exemplo, se anistias anteriores restam erodidas, elas são por vezes substituídas por julgamentos. Por conseguinte, é errado analisar anistias e julgamentos como se fossem mutuamente excludentes.

O impacto do DIP pode depender, em parte, da percepção de sua legitimidade. Uma relevante literatura empírica questionou se os resultados dos ensaios do TPII foram tendenciosos. James Meernik e Kimi Rei não identificaram nenhuma evidência de que o Tribunal estivesse tratando sérvios mais severamente do que outros réus, aliviando parcialmente preocupações atinentes à “justiça dos vencedores”¹⁴². Meernik sabiamente considera que um painel composto por mais juízes de membros da OTAN está associado a taxas mais altas de absolvição e sentenças menos severas¹⁴³. A partir de uma perspectiva construtivista, tais exercícios aparentes de imparcialidade poderiam ajudar a legitimar um tribunal internacional, legitimando-o como ator na construção do emergente campo do DIP. No entanto, em relevante pesquisa acerca das alegações de vinganças supostamente cometidas pelo TPII, Hagan e Sanja Ivonic conduziram pesquisas entre pessoas de várias etnias da ex-Iugoslávia, e encontram provas convincentes de influências locais quando do julgamento de criminosos de guerra. Eles acreditam, por exemplo, que

*“os sérvios de Belgrado são distintos em insistir que os criminosos de guerra sejam julgados em seus lugares de origem, enquanto os sérvios de Sarajevo e Vukovar concordam com outros grupos nesse ponto, de que criminosos de guerra devem ser julgados nos locais onde os crimes ocorreram”*¹⁴⁴.

Finalmente, é crucial identificar os canais pelos quais

139 SNYDER, Jack; VINJAMURI, Leslie. “Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice”. *International Security*, vol. 28, pp. 5-44, 2004.

140 KU, Julian G; NZELIBE, Jide. “Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?” *Washington University Law Quarterly*, vol. 84, pp. 777-833, 2006.

141 SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie. “The Impact of Human Rights Trials in Latin America”. *Journal of Peace Research*, vol. 44, pp. 427-445, 2007; ver também KIM, Huhnjoon; SIKKINK, Kathryn. “Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries”. *International Studies Quarterly*, vol. 54, p. 939, 2010 (examinando cerca de cem Estados de transição, durante o período 1980-2004, e concluindo que “países com julgamentos em defesa dos direitos humanos após a transição têm melhores práticas de direitos humanos do que países que não levaram a cabo esses julgamentos”).

142 MEERNIK, James; KING, Kimi. “The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Empirical and Doctrinal Analysis”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, pp. 717-750, 2003.

143 MEERNIK, James. “Victor’s Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 47, pp. 140-162, 2003.

144 HAGAN, John; KUTNJAK IVKOVIĆ, Sanja. “War Crimes, Democracy, and the Rule of Law in Belgrade, the Former Yugoslavia, and Beyond”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 605, pp. 130-151, 2006.

o DIH afeta a condução da guerra. Um canal óbvio é a sua interiorização pelos militares. Ao examinar como advogados militares americanos internalizam os valores do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, Laura Dick-Inson envolveu-se em vastas entrevistas de advogados militares e acena para a importância de cultura e estrutura organizacional.¹⁴⁵ Estudos paralelos de outras forças armadas iriam informar esforços efetivos no sentido de avançar em seu cumprimento. No geral, dadas as reivindicações conflitantes sobre o impacto do DIP e do DIH, mais trabalho empírico será necessário para avaliar as condições em que eles estão mais propensos a ter efeitos positivos. Do nosso entendimento das evidências empíricas, parece que o impacto varia em função de diferentes condições, tais como o nível e a natureza do conflito civil, o momento do julgamento em relação ao conflito, e se um Estado está no caminho para a democratização¹⁴⁶. Estudiosos também precisam avaliar empiricamente o impacto de fatores como o local onde acontecem os julgamentos

145 DICKINSON, Laura A. "Military Lawyers on the Battlefield: an Empirical Account of International Law Compliance". *American Journal of International Law*, vol. 104, pp. 1-28, 2010; DICKINSON, Laura A. Military Lawyers, "Private Contractors, and the Problem of International Law Compliance". *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, pp. 355-388, 2010. Em ambos os casos a autora constrói sua argumentação a partir de uma série de entrevistas com advogados militares americanos servindo no Iraque. Ver também DICKINSON, Laura A. *Outsourcing war and peace: preserving public values in a world of privatized foreign affairs*. Londres: Yale University Press, 2010. Para estudos quantitativos sobre o impacto da Lei de Guerra, ver THOMAS, Ward. *The ethics of destruction: norms and force in international relations*. Ithaca: Cornell University Press, 2001 (argumentando que as limitações auto-impostas por leis e costumes internacionais muitas vezes são cruciais para determinar como e quando a força é utilizada nas relações internacionais); MORROW, James D. "When Do States Follow the Laws of War?" *American Political Science Review*, vol. 101, pp. 559-572, 2007 (constatando que a ratificação dos tratados não afeta o comportamento de Estados não democráticos, ao passo que afeta os democráticos); e VALENTINO, Benjamin A.; HUTH, Paul; CROCO, Sarah. "Covenants without the Sword: International Law and the Protection of Civilians in Times of War". *World Politics: a Quarterly Journal of International Relations*, vol. 58, pp. 339-377, 2006 (revelando não haver nenhuma evidência de que os signatários das Convenções de Haia ou de Genebra, de 1907 e 1949, mataram menos civis do que aqueles não-signatários – ou ainda que algum dos signatários democráticos matou menos que outros).

146 Ver THOMS, Oskar; RON, James; PARIS, Roland. *Does Transitional Justice Work? Perspectives from Empirical Social Science*, 2008 (manuscrito não publicado), fornecendo uma visão global dos debates empíricos (em arquivo com os autores).

e a identidade daqueles que os conduzem.

4.7 Direito do Comércio Internacional

O direito do comércio internacional, ao contrário do direito internacional dos direitos humanos, é baseado no mecanismo da reciprocidade; um Estado faz concessões comerciais a outros em troca de concessões de valores recíprocos¹⁴⁷. Além disso, envolve situações do "dilema do prisioneiro" uma vez que cada uma das partes do acordo tem incentivos para descumprir suas obrigações, enquanto os outros cumprirem, fazendo-os todos potencialmente piores se não forem respeitados. A teoria predominante entre os economistas é a de que os Estados aderem ao direito do comércio internacional a fim de resolver o dilema do prisioneiro¹⁴⁸ – em particular, provendo mecanismos de monitoramento e fiscalização. O direito do comércio internacional, além disso, ao contrário do DIP e do DIH, envolve questões típicas de baixa política que não são a segurança do Estado, as guerras civis e o uso de força – e isso aumenta as perspectivas de seu cumprimento se instituições eficazes forem criadas.

No entanto, o poder influencia na produção do direito do comércio internacional, tanto na criação dos termos da cooperação quanto no cumprimento des-

147 BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

148 Ver BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert. *The Economics of the World Trading System*. Cambridge: MIT Press, 2002; BRODA, Christain; LIMA, Nuno; WEINSTEIN, David. "Optimal Tariff and Market Power: The Evidence". *American Economic Review*, vol. 98, pp. 2032-2065, 2008 (utilizando novos dados e técnicas empíricas para fornecer evidência de suporte aos termos da teoria do comércio). Giovanni Maggi e Andrés Rodríguez fornecem uma teoria complementar dentro da economia, segundo a qual os governos estão motivados para assinar acordos comerciais pelo desejo de assumir compromissos críveis aos olhos dos lobbies industriais nacionais. MAGGI, Giovanni; RODRÍGUEZ-CLARE, Andrés. "A political-economy theory of trade agreements". *The American Economic Review*, vol. 97, pp. 1374-1406, 2007 (prevê "que a liberalização comercial é mais profunda quando o capital possui maior mobilidade entre setores, e quando os governos são motivados politicamente"); ver também MANSFIELD, Edward; REINHARDT, Eric. "International Institutions and the Volatility of International Trade". *International Organization*, vol. 62, pp. 621-652, 2008 (revelando que a adesão a instituições de comércio internacional reduz a volatilidade do comércio e, portanto, aumenta a previsibilidade e a estabilidade econômica tanto para os Estados quanto para os agentes econômicos).

ses termos. Estados que contam com maiores mercados internos podem ameaçar restringir o acesso aos seus mercados se outros estados não concordarem com as regras que preferir ou se descumprirem regras postas¹⁴⁹. Richard Steinberg abordou empiricamente este ponto em relação a questões de comércio e meio ambiente, mostrando como Estados exercendo seu poder de mercado fizeram valer suas posições em diferentes fóruns¹⁵⁰. Outros estudiosos, em paralelo, mas em diferentes sentidos, sustentam que o direito do comércio internacional ajuda a assegurar vantagens do capital transnacional, bem como de Estados poderosos, apontando para o “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”, como um exemplo¹⁵¹. Em outras palavras, pode-se observar uma inclinação estrutural da capacidade de Estados maiores e interesses dentro deles para moldar e implantar regras da OMC, alcançando seus interesses, direta e difusamente, por meio da utilização de recursos materiais, ideológicos e institucionais¹⁵².

O direito do comércio internacional tem sido estudado empiricamente de maneira ostensiva, o que reflete provavelmente o relativo sucesso do sistema de solução de controvérsias da OMC, à disponibilidade de dados de alta qualidade, e ao interesse de longa data de economistas em questões de comércio internacional¹⁵³. Muito desse trabalho empírico é lido e avaliado dentro da comunidade política comercial, afetando litígios estratégicos e propostas de reforma. Nesta breve abordagem, nós primeiro examinamos o trabalho empírico sobre a OMC, com ênfase no uso do

sistema de solução de controvérsias da organização e sobre os resultados judiciais do Painel e do Corpo de Apelação¹⁵⁴. Em seguida, examinamos o impacto desses mecanismos judiciais.

4.8 Como o direito do comércio internacional é produzido.

Uma considerável quantidade de trabalhos empíricos atuais versa sobre se a utilização do sistema de solução de controvérsias da OMC reflete vieses em favor de Estados maiores e mais ricos. Três hipóteses foram formuladas e testadas empiricamente – nomeadamente, que o sistema não é tendencioso, pois o uso reflete simplesmente o tamanho econômico, que o poder de mercado favorece em grande medida Estados ricos, por causa de sua capacidade de retaliar com vistas a impor decisões, e que as diferenças de capacidade jurídica explicam usos díspares. Esses estudos têm implicações normativas e políticas no que diz respeito tanto à equidade dentro do sistema de solução de controvérsias da OMC quanto às estratégias que os estados podem vir a desenvolver para torná-las mais efetivas.

Henrik Horn, Petros Mavroidis e Håkan Nordstom promoveram esse campo de análise com seu artigo “O Uso do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é Tendencioso?”¹⁵⁵ Eles preveem quantas demandas baseadas no perfil comercial um membro faria e depois contrapõem essa previsão ao real número de demandas apresentadas. Eles revelam que o acionamento na OMC por Estados é um modo de rastrear, de maneira aproximada, sua participação no comércio global, embora notem alguns países atípicos, como é o caso do Japão. Quase dez anos depois, Joseph François, Horn e Niklas Kaunitz sabiamente comparam queixas reais na OMC iniciadas por estados contra o número previsto de seu modelo, que é baseado no tamanho de cada membro e em sua estrutura industrial¹⁵⁶. Eles usam novos dados

149 STEINBERG, nota *supra* 9.

150 *Id.*

151 Ver BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 79-80), nota *supra* 147; CHIMNI, B. “The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South”. *Journal of World Trade*, vol. 40, p. 5, 2006 (a “criação da OMC, suas regras e organização, é o trabalho de poderosas forças sociais e dos Estados. Ela surgiu como uma instituição fundamental para manter a ordem capitalista global em benefício de uma classe capitalista emergente transnacional (CCT), cujos interesses são articulados por Estados poderosos”).

152 SHAFFER, Gregory. “Power, Governance, and the WTO: A Comparative Institutional Approach” in: BARNETT, Michael; DUVALL, Raymond. *Power in Global Governance*, 2005.

153 Henrik Horn e Petros Mavroidis fornecem uma avaliação de grande parte do trabalho quantitativo de Direito e Economia já realizado até hoje. HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros. *A survey of the literature on the WTO dispute settlement system*. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2007.

154 Abordamos em outros lugares estudos sobre a negociação das regras da OMC. Ver GINSBURG e SHAFFER, nota *supra* 69.

155 MAVROIDIS, Petros; NORDSTRÖM, Håkan; HORN, Henrik. “Is the use of the WTO dispute settlement system biased?”. Centre for Economic Policy Research, Economic Research and Analysis Division, *Discussion Paper No 2340*, 1999.

156 FRANÇOIS, Joseph; HORN, Henrik; KAUNITZ, Niklas. “Trading

estatísticos das disputas de uma base de dados do Banco Mundial e encerram uma avaliação da medidas de restrição de importação ao nível da indústria. Eles novamente encontram uma forte correlação positiva entre o número de queixas de um membro e o tamanho de seu comércio e PIB, sugerindo que o uso do sistema legal da OMC simplesmente reflete os padrões de comércio e, portanto, não é tendencioso.

Chad Bown usa uma estratégia diferente para verificar se o funcionamento do sistema apresenta vieses baseados em fatores orientados pelo poder¹⁵⁷. Ele estuda quais Estados foram os reais demandantes e terceiros nas disputas relacionadas a exportações afetadas na OMC, e conclui que, tendo controle sobre outros fatores, um estado é menos propício a propor demandas quando não tem capacidade de retaliar o demandado a partir da supressão de concessões comerciais, quando é pobre ou pequeno, quando tem um acordo comercial preferencial com o questionado, ou quando é especialmente dependente de assistência bilateral. De maneira análoga, Bruce Blonigen e Bown concluem que as discrepâncias do poder de mercado explicam os padrões de proteção *antidumping* (AD). Eles mostram que o Estado fica menos propenso a propor uma investigação AD contra um estado que possa retaliá-lo na mesma medida, e também que o Estado fica menos disposto a propor uma investigação em um caso AD doméstico quando o alvo provavelmente possa arquivar uma demanda na OMC contra ele nos termos do direito aplicado pela OMC¹⁵⁸.

Andrew Guzman e Beth Simmons examinam se o poder ou a capacidade legal influem de maneira mais relevante em demandas judiciais por meio de um projeto de pesquisa com foco na identidade do entrevistado alvo por um Estado em desenvolvimento¹⁵⁹.

profiles and developing country participation in the WTO dispute settlement system". *International Centre for Trade and Sustainable Development*, Issue Paper nº6. Estocolmo, 2008.

157 BOWN, Chad. "Participation in WTO dispute settlement: complainants, interested parties, and free riders". *The World Bank Economic Review*, vol. 19, pp. 287-310, 2005.

158 BLONIGEN, Bruce; BOWN, Chad. *Antidumping and retaliation threats*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2001.

159 SIMMONS, Beth; GUZMAN, Andrew. "To Settle or Empanel? An Empirical Analysis of Litigation and Settlement at the World Trade Organization". *Journal of Legal Studies*, vol. 31, p. 205, 2002.

Eles levantam a hipótese de que se o poder de mercado é mais relevante, então os países em desenvolvimento tendem a apresentar demandas contra os oponentes mais fracos, dado que há menor "medo de retaliação"; e que se a capacidade jurídica é mais importante, então Estados em desenvolvimento vão utilizar os escassos recursos de que dispõem para atingir aqueles com maiores mercados, a fim de maximizar os retornos ao arquivar uma demanda. Eles concluem que apenas uma de suas *proxies* para poder ou capacidade legal (a média geral de "qualidade burocrática") produz um aumento estatisticamente significativo do coeficiente negativo, como previsto pela hipótese da pesquisa. Por outro lado, não encontram suporte para uma explicação baseada no poder de mercado.

Marc Busch, Eric Reinhardt e Shaffer examinam o impacto da capacidade jurídica em solução de controvérsias em direito do comércio internacional utilizando uma nova medida da capacidade jurídica derivada de sua pesquisa sobre os membros da OMC¹⁶⁰. Eles criam um índice legal de capacidade com base nas respostas dos Estados a cinco questões relativas, respectivamente, a suas equipes de profissionais, organizações burocráticas domésticas, organizações burocráticas em Genebra, experiência em lidar com assuntos gerais da OMC e envolvimento em litígios no âmbito da OMC. Os pesquisadores aplicam esse índice para avaliar a probabilidade de um Estado ser nomeado em uma petição AD nacional e, nesse caso, a probabilidade de que tal Estado desafie quaisquer obrigações resultantes da legislação antidumping na OMC. Eles concluem que os estados que possuem maior capacidade jurídica são tanto menos propensos a ser alvo de obrigações antidumping quanto mais propensos a desafiar tais obrigações no âmbito da OMC. Eles revelam que a capacidade jurídica afeta os padrões do início de controvérsias na OMC e a proteção AD subjacente entre os membros da OMC, ao mesmo tanto quanto o poder de mercado, se não mais.

160 BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric; SHAFFER, Gregory. "Does Legal Capacity Matter? A Survey of WTO Members". *World Trade Review*, p. 559, 2009; BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric; Shaffer, Gregory. "Does Legal Capacity Matter? Explaining Dispute Initiation and Antidumping Actions in the WTO". *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 4*, 2007.

Estudos empíricos também empregaram métodos qualitativos para analisar o que está por detrás da propositura de reclamações na OMC, tais como o papel das empresas e dos advogados que eles contratam. Shaffer levou a cabo extenso trabalho de campo e realizou mais de uma centena de entrevistas na OMC e nas capitais nacionais para descobrir como os atores públicos e privados desenvolvem casos e usam a lei como forma de alavancagem no contexto das negociações¹⁶¹. Ele examina como o sistema legal da OMC desencadeou uma nova competição pela perícia do direito comercial, e traça o desenvolvimento de redes de parcerias comerciais público-privadas, escritórios de advocacia e funcionários do governo em demandas e ajudando a moldar Direito da OMC ao longo do tempo. Joseph Conti tem realizado um trabalho importante nesse sentido, com foco em como “bons casos” são construídos e o papel de aprender sobre os litígios na OMC¹⁶². Este trabalho conformou a base para as discussões em Genebra e diferentes regiões para avaliar as opções para a construção de capacidade jurídica, de modo a facilitar o acesso ao sistema jurisdicional da OMC.

No geral, esses estudos que invocam o sistema de resolução de conflitos na OMC concordam que o seu reflete a dimensão econômica dos Estados envolvidos. Estados grandes e ricos desenvolveram maior capacidade jurídica, o que lhes forneceu vantagens. A dimensão de seus mercados lhes conferem uma força a mais de alavancagem diante do processo de retaliação pelo não cumprimento das leis. O direito, em outras palavras, ainda que possa restringir o exercício bruto do poder material, pode também ser visto como um instrumento cujo uso reflete uma forma de poder. O uso do direito da OMC é condicionado pela

161 SHAFFER, nota *supra* 86; SHAFFER, Gregory. “The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country Adaptation”. *World Trade Review*, vol. 5, p. 177, 2006. SHAFFER, Gregory; SANCHEZ RATTON, Michelle; ROSENBERG, Barbara. “The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil’s Success”. *Cornell International Law Journal*, vol. 41, p. 383, 2008.

162 CONTI, Joseph. *Between Law and Diplomacy: the social contexts of disputing at the World Trade Organization*. Stanford: Stanford University Press, 2011; CONTI, Joseph. “The Good Case: Decisions to Litigate at the World Trade Organization”. *Law and Social Review*, vol. 42, p. 145, 2008; CONTI, Joseph. “Learning to Dispute: Repeat Participation Expertise, and Reputation at the World Trade Organization”. *Law and Social Inquiry*, vol. 35, p. 625, 2010.

dimensão econômica e ao aproveitamento da capacidade jurídica, inclusive a partir do desenvolvimento de parcerias público-privadas.

Estudiosos também avaliaram empiricamente se os painéis e o Órgão de Apelação da OMC gozam de independência ao interpretar o significado do direito do comércio internacional. Alguns estudiosos defendem que os tomadores de decisões judiciais da OMC mostram tendências na livre negociação, o que não reflete as preferências dos Estados. Esses estudos focam no recorde de vitórias de demandantes nas disputas da OMC com uma taxa de sucesso de 90% para decisões do painel e do Órgão de Apelação combinados. John e Caroline Maton lançam mão de uma análise multivariada para mostrar que o sucesso dos demandantes não é explicado por fatores externos, como o poder econômico, a participação de terceiros, ou status do demandante de contendor experiente¹⁶³. Juscelino Colares cobre um conjunto mais amplo de casos e acrescenta outras variáveis de controle, tais como tipo de caso e assunto, identidade do partido e tipo de produto, mas usa uma abordagem bivariada¹⁶⁴. Ele demonstra que a seleção de efeitos, incentivos assimétricos, e “jogar pelas regras” (*playing for rules*) não podem explicar a constatação de que demandantes ganham tantas vezes. Em vez disso, ele afirma que as interpretações dos acordos da OMC favoreceram uma visão normativa de livre comércio, indicando o desenvolvimento de regras tendenciosas e fornecendo evidências de ativismo judicial.

Colares não examina, contudo, a possível explicação que os entrevistados estão sistematicamente contestando a baixa qualidade dos casos por razões políticas internas, mesmo que eles saibam que vão perder. Isto é, os entrevistados podem estar usando o sistema solução de controvérsias da OMC como cobertura política, tentando mostrar à indústria nacional afetada e aos seus apoiadores políticos que o

163 MATON, John; MATON, Carolyn. “Independence under Fire: Extra-Legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement”. *Journal of International Economic Law*, vol. 10, pp. 317-334, 2007.

164 COLARES, Juscelino. “A Theory of WTO Adjudication: from Empirical Analysis to Biased Rule Development”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, pp. 383-440, 2009.

governo está fazendo todo o possível para manter a medida restritiva ao comércio. A falta de restituição facilita essa resposta política, porque um membro pode efetivamente manter uma medida de comércio ilegal por quase três anos, durante o litígio, sem estar sujeito a nenhuma sanção legal retroativa. Pesquisas qualitativas complementares ajudariam a explicar os dados quantitativos.

4.9 Como e em que condições as questões de direito da OMC são importantes.

Duas questões se destacam em relação se e, em caso afirmativo, como o direito da OMC é relevante: a adesão afeta a liberalização do comércio e os Estados cumprem com os resultados da resolução de conflitos que afetam os padrões de comércio? Primeiro, os estudiosos têm examinado o impacto das instituições internacionais de comércio e de seu desenho institucional sobre padrões do comércio e compromissos comerciais. Dados de Andrew Rose sugerem, controversamente, que a adesão ao GATT/OMC não afeta os fluxos de comércio bilateral – um desafio frontal à teoria neoliberal¹⁶⁵. Suas conclusões foram desafiadas por Michael Tomz, Goldstein, e Douglas Rivers, que concluem que o GATT/OMC tem um impacto comercial positivo se incluirmos seus efeitos nas colônias, novos estados independentes e candidatos provisórios a membros *de facto* – que contestam as conclusões de Rose¹⁶⁶. Arvind Subramanian e Shang-Jin Wei também encontram efeitos comerciais positivos para os membros industrializados, embora não para os outros, o que sugere que o impacto do direito comercial depende do perfil de comércio de um Estado¹⁶⁷.

165 ROSE, Andrew. "Do we really know that the WTO increases trade?" *The American Economic Review*, vol. 94, pp. 98-114, 2004.

166 TOMZ, Michael; GOLDSTEIN, Judith; RIVERS, Douglas. "Do we really know that the WTO increases trade?" Comment. *The American Economic Review*, vol. 97, pp. 2005-2018, 2007.

167 SUBRAMANIAN, Arvind; WEI, Shang-Jin. "The WTO promotes trade, strongly but unevenly". *Journal of International Economics*, vol. 72, pp. 151-175, 2007. Ver KUCIK, Jeffrey; REINHARDT, Eric. "Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime". *International Organization*, vol. 62, pp. 477-505, 2008 (constatando que os Estados capazes de aproveitar a flexibilidade das provisões da OMC (isto é, leis antidumping) tendem a concordar com compromissos tarifários mais estritos e a implantar impostos mais baixos).

Em segundo lugar, vários estudos avaliam a eficácia relativa do sistema de solução de controvérsias da OMC / GATT em garantir o cumprimento das obrigações, facilitando, assim, os fluxos de comércio. A abrangente análise de Robert Hudec da resolução de controvérsias do GATT mostra que o sistema resolve com êxito cerca de 90% das demandas legalmente válidas¹⁶⁸. Busch e Reinhardt mostram taxas igualmente elevadas de sucesso de resolução de disputas no âmbito da OMC mais judicializada¹⁶⁹. É importante ressaltar que as concessões feitas na esteira das decisões da OMC aparentam ter relevância econômica, como mostrado por Bown¹⁷⁰. Três anos após a data da adoção de uma decisão judicial da OMC em favor do demandante, e controlando outros fatores, o influxo de importações de bens do demandante afetado havia aumentado substancialmente no Estado demandado. Em outras palavras, a parte vencida não substituiu simplesmente uma forma de proteção por outra; em vez disso, a alegação de sucesso teve efeitos tangíveis. Em suma, as regras da OMC e seu sistema de judicialização construíram uma alavanca eficaz para que os Estados reduzissem barreiras comerciais e melhorassem os fluxos de comércio. Sua capacidade de fazê-lo, no entanto, está condicionada ao seu tamanho econômico, perfil comercial e capacidade jurídica.

4.10 Direito Internacional do Investimento

O contexto do direito internacional de investimentos é ao mesmo tempo semelhante e diferente do direito do comércio internacional. Ambos envolvem a gestão das externalidades de regulações domésticas que afetam as empresas estrangeiras. No entanto, o contexto de investimento, que tipicamente envolve ricos (Estados de origem industrial e Estados em desenvolvimento que as abrigam), é muito mais assimétrico e, assim, impõe distintas questões de distribuição. Porém, essa situação está mudando, em certa medida, com a ascensão de Estados recém-industrializados,

168 HUDEC, Robert. *Enforcing International Trade Law: the evolution of the modern GATT legal system*. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993.

169 BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. "Bargaining in the Shadow of The Law: Early Settlement in GATT/WTO Disputes". *Fordham International Law Journal*, vol. 24, pp. 158-172, 2000.

170 BOWN, nota *supra* 16.

afetando potencialmente o conteúdo e a operação da lei de investimentos¹⁷¹.

A demanda por leis internacionais de investimento é uma resposta a uma característica central da estrutura institucional doméstica: a suposição de que os tribunais locais não vão obstar efetivamente a tomada de investimentos de propriedade de estrangeiros pelos governos. Os economistas descrevem o investimento estrangeiro como um *problema dinâmico de inconsistência*: o Estado de acolhimento deve realizar um compromisso de credibilidade para que o estrangeiro investidor não renegue o acordo depois que o investimento foi feito. A resolução internacional de disputas ajuda a resolver este. As questões normativas fundamentais debatidas dizem respeito a se o direito dos investimentos internacional é tendencioso na sua formação e aplicação em favor de exportadores de capitais, e se ele realmente estimula o aumento do investimento que beneficia os países anfitriões.

4.11 Como o direito dos investimentos é produzido.

Enquanto o direito do comércio foi efetivamente multilateralizado, o direito dos investimentos permanece sujeito a um complexo conjunto de tratados bilaterais de investimento (TBI). As primeiras gerações de trabalho descreveram a evolução do regime, mas foi Andrew Guzman que lançou um programa de pesquisa moderno, indagando *por que* observamos um modo bilateral de acordo nesta área do direito¹⁷². Guzman explicou que os países em desenvolvimento estão presos em uma espécie de problema de ação coletiva. Enquanto para eles seria coletivamente melhor negociar um tratado multilateral, cada estado tem um incentivo para deixar do grupo, de modo a capturar uma fatia maior do *pool* global de investimento. Esta situação estimula, com efeito, uma corrida para liberalizar o direito de investimento estrangeiro. Estados economicamente pobres celebram

171 Ver ÁLVAREZ, Jose. "The Return of the State". *Minnesota Journal of International Law: a Journal Dedicated to the Study of International Law and Policy*, vol. 20, pp. 223-264, 2011 (discutindo as mudanças nos modelos de TBIs).

172 GUZMAN, Andrew. "Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties". *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, pp. 639-688, 1998.

acordos bilaterais que reduzem suas opções para regular o investimento. Estes acordos diferem de todos aqueles que seriam negociados multilateralmente.

O número de TBI celebrados entre Estados ricos e pobres cresceu drasticamente nos anos 1990. Zachary Elkins, Simmons, e Guzman examinam a propagação de TBI para testar, e, finalmente, apoiar a hipótese de Guzman de que os Estados em desenvolvimento competem uns contra os outros para celebrarem TBI com exportadores de capital¹⁷³. Eles também encontraram interessantes evidências para explicações baseadas em difusão; por exemplo, semelhanças culturais e de segurança explicam quais pares de estados são mais propensos a concluir TBI. Estes acordos representam, portanto, uma resposta ao caráter diferenciado do investimento, em oposição ao comércio, e ilustram algumas das condições sob as quais o multilateralismo perde para o bilateralismo – o que é importante para a teoria condicional do DIN.

Da mesma forma, os estudiosos têm debatido se a utilização de arbitragem em investimentos expõe tendências estruturais. Susan Franck está conduzindo um estudo empírico de campo a partir de uma análise quantitativa¹⁷⁴. Embora esta área ainda seja atormentada por pesquisas *small-N* e seleção de problemas (uma vez que nem todas as recompensas são publicadas ou divulgadas), ela acredita que a nacionalidade do presidente da arbitragem não influi nos seus resultados, indicando uma ausência de inclinação contra estados em desenvolvimento¹⁷⁵. Pode-se questionar, no entanto, se a nacionalidade do árbitro é sinal de inclinações no contexto

173 ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. "Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000". *International Organization*, vol. 60, pp. 811-846, 2006.

174 FRANCK, Susan. "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration". *Harvard International Law Journal*, vol. 50, pp. 435-489, 2009; FRANCK, Susan. "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution". *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, pp. 767-815, 2008; FRANCK, Susan. "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration". *The North Carolina Law Review*, vol. 86, pp. 1-87, 2007.

175 FRANCK, Susan. *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, nota *supra* 174; ver também KAPALIUK, Daphna. "The Repeat Appointment Factor: Exploring decision patterns of elite investment arbitrators". *Cornell Law Review*, vol. 96, pp. 47-90, 2010 (constatando que árbitros recorrentes "não demonstram inclinações específicas ou uma tendência à corrupção").

do direito dos investimentos, porquanto ideologia e competição profissional podem afetar a seleção dos poucos árbitros do Estado em desenvolvimento em questão¹⁷⁶. A extensa pesquisa de campo e as entrevistas com árbitros realizadas por Dezalay e Garth mostraram a intensa concorrência entre os locais potenciais de arbitragem e entre árbitros americanos e europeus – ambos os quais ajudaram a moldar o desenvolvimento da lei de arbitragem e a assegurar sua legitimidade¹⁷⁷. Esta legitimidade é cada vez mais contestada, todavia, por exemplo, em relação a uma série de desafios para sentenças arbitrais contra a Argentina, enquanto estava imersa em uma crise financeira¹⁷⁸. Novos estudos devem avaliar como o sistema se adapta para responder criativamente a tais situações.

4.12 Como e em que condições o direito internacional dos investimentos é importante.

A questão-chave normativa atinente ao impacto dos TBI está relacionada a se eles realmente estimulam maior fluxo de investimentos entre os Estados contratantes e, em caso afirmativo, em que magnitude isso ocorre. O estudo empírico vem fornecendo novos dados importantes para esta análise. Jason Yackee não encontra relação positiva entre a força de proteção aos investidores em TBI e os fluxos de investimento¹⁷⁹. Ele fornece a explicação jurídico-social

176 Ver também VAN HARTEN, Gus, "Reply". *Y.B. INT'L INVESTMENT L & POL.*, 2010-2011 (respondendo a Susan Franck, Calvin Garbin & Jenna Perkins, *Response: Through the Looking Glass: Understanding Social Science Norms for Analyzing International Investment Law*, no mesmo volume).

177 DEZALAY e GARTH, nota *supra* 71.

178 BURKE-WHITE, William. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System" in: WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa; BALCHIN, Claire. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, p. 407, 2010 (argumentando que as decisões recentes entre Estados Unidos e Argentina envolvendo o TBI ameaçam a legitimidade do sistema de arbitragem investidor-Estado); BURKE-WHITE, William; VON STADEN, Andreas. "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations". *Yale Journal of International Law*, vol. 35, pp. 283-346, 2010 ("a legitimidade da arbitragem investidor-Estado está em cheque nos últimos anos, aos olhos de alguns Estados").

179 YACKEE, Jason. "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?" *Law & Society Review*, vol. 42, pp. 805-

de que os investidores muitas vezes ignoram a lei ou que, por causa de preocupações com reputação, eles utilizam meios informais para resolver disputas¹⁸⁰.

Uma teoria concorrente é a de que os TBI asseguram "compromissos credíveis", quando investidores estrangeiros têm motivos para crer que o sistema jurídico nacional de um Estado é insuficiente e, portanto, não é confiável para manter um negócio contratual¹⁸¹. Para testar a hipótese sobre comprometimento digno de confiança, uma série de estudos quantitativos verificam se os TBI e os fluxos de investimento estão relacionados; os resultados são variados¹⁸². Cada um desses estudos utiliza diferentes variáveis de controle, tais como riqueza, qualidade institucional e concentração de recursos naturais, e suas especificações econométricas também mudam. Embora a

831, 2008.

180 *Id.*

181 Ver GINSBURG, Tom. "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance". *International Review of Law and Economics*, vol. 25, pp. 107-123, 2005 (identificando pouca melhoria na qualidade institucional após a celebração do TBI, o que sugere que os dispositivos de comprometimento internacionais podem substituir, em vez de complementar, as instituições nacionais); TOBIN, Jennifer; ROSE-ACKERMAN, Susan. "Do BITs Benefit Developing Countries?" in: ALFORD, Roger; ROGERS, Catherine. *The Future of Investment Arbitration*, 2009 (constatando que os TBI servem de complemento).

182 Ver TOBIN e ROSE-ACKERMAN, nota *supra* 181; ver BANGA, Rashmi. "Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI in flows". *Indian Council for Research on International Economic*, Working Paper No. 116, 2003 (efeitos positivos); BUSSE, Matthias; KÖNIGER, Jens; NUNNENKAMP, Peter. "FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?". *Kiel Institute for the World Economy*, Working Paper nº 1403, 2008 (efeitos positivos); BÜTHER, Tim; MILNER, Helen. "The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?". *American Journal of Political Science*, vol. 52, pp. 741-762, 2008 (efeitos positivos); GALLAGHER, Kevin; BIRCH, Melissa. "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America". *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, pp. 961-974, 2006 (nenhum aumento do investimento dos EUA); HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. "Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment?" *World Bank Policy Research*, Working Paper nº 3121, 2003 (nenhum efeito); NEUMAYER, Eric; SPOSS, Laura. "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World Development*, vol. 33, pp. 1567-1585, 2005 (efeitos positivos); SALACUSE, Jeswald; SULLIVAN, Nicholas. "Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain". *Harvard International Law Journal*, vol. 46, pp. 67-130, 2005 (efeitos positivos); TOBIN & ROSE-ACKERMAN, nota *supra* 181; YACKEE, nota *supra* 179 (nenhum efeito dos grandes TBI). Cada um desses estudos lança mão de uma abordagem ligeiramente diferente.

concorrência na academia muitas vezes dependa de estudiosos demarcando e defendendo uma posição, seria produtivo, nos debates sobre TBIs, que eles trabalhassem juntos, a fim de resolver e conciliar seus resultados.

Tim Biithe e Helen Milner tomam um rumo peculiar para avaliar o papel do direito internacional sobre os fluxos de investimento. Eles aplicam a teoria dos compromissos confiáveis e concluem que a aderência a acordos multilaterais e a acordos preferenciais de comércio resulta em um aumento dos investimentos para os Estados-parte¹⁸³. Eles alegam que tal associação fornece informações que ajudam a garantir estabilidade política interna aos investidores. Aplicando argumento semelhante em uma pesquisa abrangente do trabalho empírico existente sobre TBI, esses autores revelam que TBI ajudam a sinalizar compromisso para com o conjunto de políticas liberais e melhorar, assim, todo o fluxo de investimento nos Estados que o recebem, independentemente da fonte, e não apenas em relação aos fluxos entre as partes de TBI.¹⁸⁴

Em resumo, a literatura sobre TBI aborda o conceito teórico de nível médio de comprometimento e demonstra a sensibilidade do trabalho empírico em relação a diferentes especificações. As discrepâncias entre os estudos existentes pode ser explicada pelo uso de diferentes medidas de fluxo de investimentos, bem como de diferentes técnicas estimativas. Estudos que focam apenas em fluxos de investimento bilateral entre as partes de um TBI revelam que TBI têm pouco impacto, enquanto estudos que focam em fluxos de investimento entre partes de TBI em geral demonstram que eles têm efeitos positivos. Os autores destes últimos fornecem evidências de que tornar-se parte de um BIT acarreta sinais para investidores estrangeiros sobre os compromissos de um estado para a proteção dos investidores. Enquanto a evidência de resultante de uma análise qualitativa comparada pode estar conduzindo na direção do consenso, a

183 MILNER, nota *supra* 182.

184 BUTHE, Tim; MILNER, Helen. "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis" in: SAUVANT, Karl; SACHS, Lisa. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, 2009.

história acena para estudos qualitativos sobre decisões acerca de investimentos estrangeiros a fim de melhor entender as condições em que os tomadores de decisão respondem a mudanças normativas.

4.13 Direito Ambiental Internacional

O direito ambiental internacional é um campo crescente de estudo que enfrenta seus próprios desafios, especialmente em relação às externalidades ambientais transfronteiriças e à regulação de bens comuns globais. Esses desafios geralmente envolvem consideráveis complexidades científicas e técnicas em relação ao diagnóstico de um problema, suas causas e as implicações das alternativas de regulamentação. O direito ambiental internacional também comporta implicações distributivas diferenciadas para Estados e agentes privados, tornando a política legislativa especialmente proeminente. Por exemplo, enquanto muitos Estados perdem com a mudança climática, outros, sem dúvida, ganham, e em qualquer caso o custo de mitigação das mudanças climáticas varia em função da dependência relativa de combustíveis fósseis das economias nacionais. Começando pelo *Caso Trail Smelter*¹⁸⁵ que é produto de poluição ambiental transfronteiriça em um quadro bilateral semelhante à lei do distúrbio doméstico, preocupações ambientais adentraram muitas áreas do direito internacional, incluindo o direito comercial, o direito do mar e até mesmo a lei da guerra. Os atributos específicos do direito internacional ambiental chamam atenção, uma vez mais, para a teorização contextual e intermediária. Entre as mais interessantes questões para estudo empírico está o papel dos atores não estatais e da *soft law* na produção de do direito ambiental internacional e em seu impacto.

4.14 Como o direito ambiental internacional é produzido

Estudos que tratam o direito ambiental como campo distinto cresceram significativamente nas duas últimas décadas. Estudiosos têm compilado e comparado numerosos estudos de caso qualitativos usando

185 *Trail Smelter (U.S. v. Can.)*, 3 R.I.A.A. 1905 (1941). Para um excelente panorama do direito ambiental internacional, ver BODANSKY, nota *supra* 38.

o método do processo de rastreio para determinar como o direito ambiental internacional é criado em áreas específicas¹⁸⁶. Em conjunto, esses estudos revelam que os regimes ambientais frequentemente começam como decepções, mas que eles podem criar, nas palavras de João Braithwaite e Peter Drahos, um “ambiente contratual” em que haja uma preocupação maciça que pode, posteriormente, ser canalizada em consequência de eventos importantes¹⁸⁷. Por meio desses regimes, *soft e hard law* são muitas vezes desenvolvidos em etapas, com a capacidade nacional construída para atender às preocupações ambientais específicas que estão em jogo.

Atores não governamentais frequentemente desempenham papéis importantes na elaboração de leis internacionais ambientais, inclusive chamando atenção para a preocupação global com o meio ambiente e definindo as questões a serem discutidas¹⁸⁸. Atores privados, sejam eles ativistas de ONGs, empresas, ou comunidades baseadas na origem do conhecimento, como cientistas e membros de determinadas profissões, trabalham tanto com os Estados quanto independentemente deles para moldar as percepções

acerca dos problemas ambientais internacionais e de suas soluções. As doutrinadoras de sociologia do direito Penelope Canan e Nancy Reichman, por exemplo, fazem uso extensivo da observação participante e de entrevistas para avaliar o papel das comunidades epistêmicas, como cientistas, no desenvolvimento e implementação do Protocolo de Montreal, de 1987, sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio¹⁸⁹. Esse trabalho lançou as bases para o estudo do caso crucial da mudança climática, um problema mundial paradigmático para o qual os problemas de formação de regimes são especialmente agudos. Como é sabido, no entanto, tem havido tentativas para deslegitimar os cientistas, uma vez que são potencialmente capazes de angariar influência significativa.

As ONGs também têm sido fundamentais na criação de regimes híbridos orientados para o consumidor privado e para superar as limitações das alternativas construídas pelo Estado, estimulando novas pesquisas sobre a forma como esses regimes foram construídos¹⁹⁰. Ben Cashore e Errol Meidinger, por exemplo, demonstram como redes transnacionais da sociedade civil criaram novas normas transnacionais de manejo florestal, bem como instituições para aplicá-las¹⁹¹. Eles avaliam o papel dessas redes na definição e implementação de normas de *soft law*, inclusive por meio de regimes de rotulagem que revelam se a madeira serrada foi colhida de forma ambientalmente sustentável. Esses programas da sociedade civil frequentemente estimulam a competição por programas baseados em negócios, gerando, por sua vez, processos dinâmicos de definição do padrão competitivo¹⁹².

189 16 de setembro de 1987, S. TreatyDoc. No. 100-10 (1987), 1522 UNTS 3; ver CANAN, Penelope; REICHMAN, Nancy. *Ozone Connections Expert Networks in Global Environmental Governance*. Sheffield: Greenleaf Pub, 2002; ver também MITCHELL, Ronald. *Global environmental assessments information and influence*. Cambridge: MIT Press, 2006; HAAS, Peter. “Banning chlorofluorocarbons: epistemic community efforts to protect stratospheric ozone”. *International Organization*, vol. 46, p. 187, 1992.

190 Ver WAPNER, nota *supra* 188.

191 Ver ABBOTT e SNIDAL, nota *supra* 59; MEIDINGER, Errol. “The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: the Case of Forestry”. *European Journal of International Law*, vol. 17, pp. 47-87, 2006; CASHORE et al., nota *supra* 59.

192 Grupos da sociedade civil, por outro lado, também divergem sobre questões ambientais: ONGs do Norte e do Sul muitas vezes

186 Ver HAAS, Peter; KEOHANE, Robert; LEVY, Marc. *Institutions for the Earth: sources of effective international environmental protection*. Cambridge: MIT Press, 1993 (estudos de caso de sete problemas ambientais internacionais); YOUNG, Oran; OSHERENKO, Gail. *Polar politics: creating international environmental regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1993 (elabora a partir de cinco estudos de caso a formação de regimes ambientais para o Ártico, testando hipóteses sobre a formação de regimes); VICTOR, David; RAUSTIALA, Kal; SKOLNIKOFF, Eugene. *The implementation and effectiveness of international environmental commitments theory and practice*. Laxenburg: MIT Press, 1998 (quatorze estudos de caso cobrindo oito áreas); MILES, Edward. *Environmental regime effectiveness confronting theory with evidence*. Cambridge: MIT Press, 2002 (analisando a eficácia de quatorze regimes em função do caráter do problema e da capacidade para enfrentá-lo; combinando análise qualitativa e quantitativa; e traçando as etapas incrementais de formação, implementação e impacto dos regimes); MITCHELL, Ronald. *International Oil Pollution at Sea Environmental Policy and Treaty Compliance*. Cambridge: MIT Press, 1994; MCGONIGLE, R.; ZACHER, Mark. *Pollution, Politics, and International Law: tankers at sea*. Berkeley: University of California Press, 1979.

187 BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 618-20), nota *supra* 147; ver também MITCHELL, Ronald B.. “International Environmental Agreements: A Survey of Their Features, Formation, and Effects”. *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 28, p. 429, 2003.

188 Ver WAPNER, Paul. *Environmental activism and world civic politics*. Albany: State University of New York Press, 1996; KECK e SIKKINK, nota *supra* 104.

Há movimentos concernentes à construção de bases de dados para viabilizar uma análise quantitativa nessa área, como é evidenciado pela criação do Regime Internacional de Banco de Dados (RIBD), o que facilita a comparação entre regimes ambientais internacionais¹⁹³. Por exemplo, Denise Degarmo testou uma série de variáveis para prever a probabilidade de que um Estado se torne parte de um acordo ambiental multilateral; ela concluiu que governos mais abertos são mais propensos a se tornarem partes¹⁹⁴, consonante com o trabalho que citamos anteriormente em outros domínios, com destaque para as possíveis amplas implicações de estudos de contextos específicos.

4.15 Como e em que condições o direito ambiental internacional é importante.

O trabalho sobre o impacto da legislação ambiental internacional enfrenta os desafios levantados por Downs e seus colegas sobre direito internacional geral, isto é, se o direito internacional obriga os Estados a fazer mais do que o previamente planejado. O impacto do direito internacional ambiental pode ser avaliado em termos de mudanças formais na legislação nacional, mudanças no comportamento dos atores, e mudanças na qualidade do meio ambiente¹⁹⁵. Defensores do meio ambiente são claramente mais preocupados com o impacto final da legislação ambiental internacional e os mecanismos que podem ser adaptados para fortalecer esse impacto. Estudos

discordam sobre as abordagens adequadas para resolver os problemas ambientais em nível internacional, especialmente com relação à legitimidade de medidas comerciais unilaterais impostas pelos grandes Estados – ponto que muitas vezes é negligenciado por juristas orientados normativamente. Ver MAYER, Judith. “Environmental Organizing in Indonesia: The Search for a Newer Order” in LIPSHUTZ, Ronald e MAYER, Judith. *Global Civil Society and Global Environmental Governance*, p. 169, 1996; SHAFFER, Gregory. “The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO’s Treatment of Trade and Environment Matters”. *Harvard Environmental Law Review*, vol. 25, pp. 68-74, 2001 (elaborado a partir de entrevistas e análise sistemática de reuniões do Comitê da OMC).

193 BREITMEIER, Helmut; YOUNG, Oran; ZÜRN, Michael. *Analyzing international environmental regimes from case study to database*. Cambridge: MIT Press, 2006; ver também International Environmental Agreements Database, <http://iea.uoregon.edu>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

194 DEGARMO, nota *supra* 56.

195 MITCHELL, Ronald. *International Politics and the Environment*. London: Sage Publications, 2009.

empíricos têm abordado tanto o cumprimento quanto a efetividade dos acordos internacionais sobre direito ambiental¹⁹⁶.

O impacto do direito ambiental internacional acontece tipicamente em contextos específicos. É preciso ter em conta as características da atividade, do acordo, fatores ambientais domésticos e internacionais, como mostrado por Edith Brown Weiss e Harold Jacobson em seu estudo sobre o cumprimento de oito Estados e da União Europeia de cinco acordos ambientais internacionais¹⁹⁷. Uma questão-chave é a forma de aumentar o impacto do direito internacional ao longo do tempo. Consoante o trabalho de Chayes e Chayes¹⁹⁸, muitos estudiosos do direito ambiental têm defendido uma “abordagem gerencial” na qual os acordos maximizam a inclusão mas minimizam compromissos iniciais e negligenciam a execução; devido à interação em curso entre Estados, suas posições transformam-se gradualmente, levando a uma cooperação mais profunda. Mecanismos de *soft law* são muitas vezes defendidos nessas circunstâncias. De uma série de quatorze estudos de caso envolvendo oito áreas temáticas, David Victor, Kal Raustiala e Eugene Skolnikoff concluíram que, embora o cumprimento de acordos juridicamente vinculantes seja alto, os Estados geralmente concordam apenas em prever compromissos modestos, os quais eles podem facilmente cumprir. Em contraste, os pesquisadores identificam que os acordos não vinculantes podem ser mais ambiciosos nas mudanças desejadas, podendo gozar de maior influência na mudança de comportamento dos Estados¹⁹⁹. Esta última conclusão foi sustentada por alguns estudiosos que combinaram métodos qualitativos e quanti-

196 WEISS, Edith e JACOBSON, Harold (eds.). *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Agreements* (1998); MILES et al., nota *supra* 186; YOUNG, Oran. *Compliance and public authority: a theory with international applications*. Baltimore, Published for Resources for the Future by the Johns Hopkins University Press, 1979; YOUNG, Oran. *The effectiveness of international environmental regimes causal connections and behavioral mechanisms*. Cambridge: MIT Press, 1999; BERNAUER, T. (1995). “The effect of international environmental institutions: how we might learn more”. *International Organization*, vol. 49, p. 351, 1995.

197 *Engaging Countries*, nota *supra* 196.

198 CHAYES e CHAYES, nota *supra* 7.

199 The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments, nota *supra* 186.

tativos para documentar como uma série de regimes considerados eficazes têm dado passos progressivos e incrementais, pavimentando caminhos para uma maior cooperação entre os Estados²⁰⁰. Mas essa conclusão também foi contestada – por exemplo, por Downs, Kyle Danish, e Barsoom, com base em sua revisão das respostas do Estado aos acordos de montagem do “modelo transformacional” em relação aos outros²⁰¹. Novos trabalhos empíricos são necessários para avaliar as condições em que uma abordagem incremental e transformadora tem mais chances de ser eficaz.

Finalmente, estudiosos do direito ambiental têm assistido a mecanismos que aproveitam os incentivos do setor privado e acarretam melhoras ambientais. A liderança de Ronald Mitchell no estudo da poluição marítima por hidrocarbonetos se destaca neste aspecto²⁰². Ele conclui que as obrigações assumidas por Estados para processar os infratores foram relativamente falhas na contenção de despejo de petróleo, mas que uma provisão especial em relação à instalação de equipamentos especificados em petroleiros teve grande impacto. Isso porque ela expandiu a meta de aplicação para incluir não apenas Estados, mas também sociedades de classificação de seguros e construtores navais. Seguradoras atendem apenas navios que são classificados como satisfatórios e que preenchem determinados requisitos, como a segregação dos tanques de lastro, medida importante para a redução da poluição por hidrocarbonetos²⁰³. O uso de um sistema de cumprimento de base ampla, além disso, teve como consequência o aumento da transparência e a redução de custos de implementação, dissuadindo violações. Da mesma maneira, Aseem Prakash e Mathew Potoski provam a importância de se apoiar no setor privado em seu estudo sobre a relação entre comércio e padrões de negócios internacionais voluntários sobre sistemas de gestão

200 Ver MILES et al., nota *supra* 186.

201 DOWNS, George; DANISH, Kyle; BARSOOM, Peter. “The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience?”. *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 38, pp. 465-514, 2000.

202 MITCHELL, Ronald, “Regime Design Matters: Intentional Oil Pollution and Treaty Compliance”. *International Organization*, vol. 48, p. 425, 1994.

203 Ver discussão em BRAITHWAITE e DRAHOS (p. 618), nota *supra* 147.

ambiental (ISO 14001)²⁰⁴. Concluem que relações comerciais encorajam as empresas a adotar os padrões dentro do Estado se tais padrões forem adotados pela maior parte dos mercados exportadores do Estado. Em suma, estudos empíricos de curta duração sobre direito ambiental internacional salientam a importância da desagregação do Estado na análise de como o direito internacional torna-se eficaz – neste caso por meio do aproveitamento do setor privado.

5 Construindo a Teoria Condicional do Direito Internacional

O trabalho empírico não é ateuórico. Pelo contrário, de acordo com as análises emergentes que temos salientado, o método empírico é fundamental para construir o que nós denominamos *teoria condicional do DIN* – isto é, a teoria de nível médio que é sensível aos diferentes contextos em que o direito internacional opera e que aborda as condições em que o direito internacional é produzido e gera efeitos.

Do ponto de vista da teoria condicional do direito internacional (DIN), temos enfatizado os diferentes tipos de situações que o Direito Internacional envolve, tais como problemas de ação coletiva, externalidades, desafios de cooperação e coordenação com implicações distributivas e normas expressivas atinentes à conduta correta dentro de uma comunidade mais ampla (ver Tabela 1). O que tem sido chamado de fragmentação do direito internacional reflete diferentes desafios e os contextos político e social em que estados e atores não estatais operam. Como resultado destes diversos fatores, algumas áreas do direito internacional são caracterizadas por uma rede de tratados bilaterais (como em direitos dos investimentos e tributário), e outros caracterizados por uma abordagem multilateral ou uma mistura de abordagens multilateral e bilateral (como em direitos humanos e direito do comércio internacional). Em algumas

204 PRAKASH, Aseem; POTOSKI, Matthew. “Racing to the Bottom? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001”. *American Journal of Political Science*, vol. 50, pp. 350-364, 2006 (esboçando o estudo de um grupo de 108 Estados ao longo de sete anos). Para um interessante trabalho empírico sobre autorregulamentação industrial, ver LENOX, Michael. “The Prospects for Industry Self-Regulation of Environmental Externalities” in: WOODS, N. *Making Global Regulation Effective: What Role for Self-Regulation?*, 2008.

áreas, o *soft law* é visto como desejável e eficaz para facilitar padrões de cooperação (como no direito ambiental); em outros, a *hard law* e a resolução de conflitos por terceiros são vistos como centrais para induzir o cumprimento (como em direito comercial). O impacto do direito internacional também varia em função de diferentes condições presentes e das instituições que definem essas diferentes áreas temáticas. Por exemplo, o contraste ao comparar a alta política do direito humanitário, que pode envolver a própria sobrevivência do Estado, bem como disputas de elites pelo poder, com o campo do direito do comércio internacional, que não contém aqueles elementos. À luz dessa diversidade, a grande teoria não é útil. Sem atenção ao contexto, a teorização será de pouco uso prático.

Revisamos os principais resultados empíricos na literatura recente através de cinco importantes áreas de direito internacional. Essas áreas, é claro, estão longe de ser exaustivas, mas elas representam uma série de problemas importantes em que o direito internacional tem se desenvolvido e pode ser útil. A tabela 1 resume nossa opinião acerca de cada uma das cinco áreas abordadas na Parte III. Identificamos o problema estrutural central das áreas, observamos as principais questões que motivaram estudo empírico atual e listamos algumas conclusões condicionais em relação aos parâmetros que determinam se o direito internacional é produzido e se é eficaz.

A teoria condicional do direito internacional (IL) incide sobre os diferentes mecanismos por meio dos quais o direito internacional é produzido e gera efeitos em diferentes domínios. Como já observamos, o mecanismo de reciprocidade é crucial para o direito do comércio internacional, mas não o é para o direito internacional dos direitos humanos, em que mecanismos expressivos e veiculadores de normas desempenham um papel fundamental. Em contraste, o mecanismo de concorrência é fundamental para o desenvolvimento do direito internacional dos investimentos. Para os padrões ambiente, os mecanismos de modulação frequentemente têm papéis mais importantes²⁰⁵. Em relação ao estudo de mecanismos,

este tem grande valor prático, uma vez que as ferramentas para tornar o direito internacional eficaz muitas vezes devem ser específicas a domínios e contextos particulares, se envolvendo direitos humanos internacionais ou comércio ou direito ambiental, ou diferentes estados em diferentes áreas do mundo.

Não obstante a importância do problema em determinar quais os mecanismos que poderiam ser eficazes, futuro trabalho empírico pode entender ser valioso *emprestar* questões de pesquisa e se aproximar de áreas do direito com diferentes tipos de problemas. A Tabela 1 destaca a predominância de perguntas procuradas nas diferentes áreas temáticas até aqui. Por exemplo, como já observamos, extensa pesquisa etnográfica tem sido realizada acerca de tribunais penais internacionais, mas não em relação aos painéis da OMC. Por outro lado, a literatura sobre OMC, excluindo a literatura sobre investimento, tem analisado exaustivamente as condições sob as quais um estado realiza demandas. Trabalhos concernentes ao direito dos investimentos tem-se centrado, em vez disso, na questão sobre se TBI aumentam os fluxos de investimento – ainda que decisões sobre a utilização de arbitragens também levantem questões interessantes. Nossa sugestão é a de que a compreensão das condições em que o direito internacional é produzido e gera efeitos eficazes em uma área pode suscitar questões que dizem respeito a outras áreas, auxiliando, por sua vez, a identificar os fatores que geram resultados semelhantes ou diferentes. Outra estratégia para a teoria condicional do direito DIN é a *desagregação dos grupos de Estados* a fim de focar em características e fatores internos de Estados que ajudem a explicar a influência do direito internacional – como demonstrado no trabalho de Beth Simmons, Oona Hathaway, Kathryn Sikkink e outros²⁰⁶. O direito internacional não importa para todos os Estados o tempo todo, mas isso não significa que ele não seja relevante. A crescente literatura empírica que temos discutido ajuda a explicar como a eficácia do direito internacional está ligada às características dos Estados, suas instituições e contextos sociais.

de normas de regulação, em que o mecanismo de modelagem é mais uma vez importante. Ver também BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 532-49), nota *supra* 147; HALLIDAY e OSINSKY, nota *supra* 23.

²⁰⁶ Ver SIMMONS, nota *supra* 1, pt. III.A, III.B; HATHAWAY, nota *supra* 95; KIM e SIKKINK, nota *supra* 141.

²⁰⁵ Também abordamos o uso de mecanismos em GINSBURG e SHAFFER, nota *supra* 69. Ademais, analisamos o estabelecimento

Tabela 1 - Quadro sinóptico dos Tipos de Problemas, Questões Empíricas e suas Conclusões

	Direitos Humanos	Direito Penal Internacional e Direito Humanitário	Comércio	Investimentos	Meio Ambiente
Tipos centrais de problemas	Expressividade das normas	Alta política Expressividade Reciprocidade Ação Coletiva (dilema do prisioneiro)	Reciprocidade Ação coletiva (dilema do prisioneiro e batalha dos sexos)	Estruturas assimétricas de poder Inconsistência dinâmica	Externalidades Ação coletiva (bens comuns) Conflitos distributivos
Grandes tópicos de pesquisa sobre como o DIN é produzido	Razões para ratificar tratados	Construção e operação dos tribunais Presença de inclinação tendenciosa	Papel do poder Propensão dos Estados a litigar Presença de inclinação tendenciosa na resolução de disputas	Razões para abordagens bilaterais vs. multilaterais Inclinação tendenciosa	Razões para ratificação dos tratados Processo legislativo Soft vs hard law Papel de atores não estatais
Grandes tópicos de pesquisa sobre a importância do DIN	Impactos da ratificação de tratados na prática doméstica	Efeitos da dissuasão e da integração pós-conflitiva	Cumprimento da decisão Efeito do direito nos fluxos de troca	Efeito nos fluxos de investimento	Cumprimento Impacto da ratificação na prática doméstica
Descobertas da teoria condicional do DIN	Variáveis de políticas domésticas importam para entender a ratificação e seu impacto Sociedade civil é ator central no molde, aplicação e tradução das normas	Natureza do conflito, tipo de regime, duração e fatores afetam os resultados Limite temporal para avaliação é importante na abordagem do impacto dos julgamentos e anistias, separados ou conjuntamente	Capacidade legal é importante para obter vantagem nos conflitos judiciais Poder de mercado é importante para moldar regras e combater o protecionismo	Assimetria leva ao bilateralismo Evidências mistas sobre efeitos diretos, mas TBIs e ALCs funcionam como sinais para os investidores	Setor privado influencia a implantação Soft law é importante por si só e como parte do processo incremental

TBI = tratados bilaterais de investimento; ALC = acordos de livre comércio; DIN = direito internacional; ONG = organizações não governamentais.

Seria especialmente útil analisar mais trabalhos nessa linha sobre direito do comércio internacional, direito dos investimentos e direito ambiental. Estudos de caso acerca de Estados marginais em que o cumprimento ou o uso do direito internacional não é sobredeterminado poderia potencialmente ajudar a trazer à tona possíveis relações causais.

Estudiosos da teoria condicional do direito internacional (DIN) às vezes se concentram em Estados, mas mesmo quando o fazem, eles tendem também a desagregar o estado e o estudo do papel das redes, empresas e sociedade civil como atores que afetam o cumprimento pelo estado. Muitos estudos empíricos – em todas as áreas que analisamos – mostram que atores não estatais e subdivisões dentro do Estado desempenham papéis fundamentais na produção de normas internacionais, na comunicação e em sua implementação dentro dos estados, inclusive reformulando-as à luz de contextos sociais locais. As teorias do direito internacional que são puramente centradas no estado podem ser parcimoniosas, mas este trabalho empírico evidencia seus limites, especialmente quando normas jurídicas são apropriadas e hibridizadas por atores locais para atender aos seus próprios fins²⁰⁷. Este trabalho também aponta para a importância de se estudar a produção de *soft law* e como tal direito interage com as formas convencionais de legislar no direito internacional.

6 Conclusão

A produção e o impacto do Direito Internacional, tomando emprestadas as palavras do teórico social Robert Merton, “não podem ser apontados de forma útil antes da observação. Trata-se de uma questão de fato, e não de opinião.”²⁰⁸ Essa colocação é de grande importância pragmática e normativa. Da perspectiva da teoria condicional do DIN, construída a partir do método empírico, advogados internacionalistas devem evitar prescrições que se baseiem exclusivamente em posições teóricas e aquelas que fundamentadas unicamente em investigações empíricas.

Nas duas últimas décadas, a pesquisa empírica que

teve o Direito Internacional por objeto foi escassa. A academia mostrava-se dividida, com os defensores do Direito Internacional atuando na condução interna de debates e casos legais, e acadêmicos de RI dando pouca atenção ao Direito e concentrando-se no funcionamento das organizações internacionais. A análise sistemática de dados teve, na melhor das hipóteses, um papel secundário. O fim da Guerra Fria, juntamente com a globalização da economia, inaugurou uma nova rodada de institucionalização e produção normativa no plano internacional. A crescente intensidade da interação internacional, o aumento do número de organizações internacionais e de tribunais internacionais, além do desenvolvimento das Ciências Sociais e do Direito, estimularam o aumento das pesquisas empíricas na doutrina do Direito Internacional. Esse trabalho em plena e constante evolução tem trazido importantes contribuições – e ainda há mais por vir.

Grande parte do trabalho empírico sobre Direito Internacional está focada em áreas temáticas específicas, fornecendo subsídios ricos para a construção da teoria condicional, isto é, a teoria sobre os mecanismos e as condições por meio dos quais e nos quais o Direito Internacional acontece. Nós, acadêmicos, atuamos em contextos específicos. Precisamos, portanto, concentrar nossa atenção sobre os processos, mecanismos e condições de produção, condução e aplicação do Direito Internacional nesses contextos. O foco no estudo empírico, assim, dá origem a uma teoria intermediária que nos ajuda a avaliar as condições em que o Direito Internacional atua, em vez de fazer coro aos acadêmicos que questionam se ele funciona. Ao dividir a nossa avaliação de estudos empíricos em questões aplicadas a cinco áreas diferentes do Direito Internacional, destacamos e tentamos explicar as variações que ocorrem dentro de cada uma e entre elas.

Esta nova orientação nos estudos diminuiu o fosso entre a teoria abstrata, a análise doutrinária, e a avaliação empírica da prática. A distância entre teoria e prática é diminuída por meio do desenvolvimento de novas formas de análise – isto é, do trabalho que oscila entre resultados empíricos e teorização abstrata. Como o economista institucional Avner Greif escreve,

207 Ver MERRY, nota *supra* 28; SHAFFER, nota *supra* 59.

208 MERTON (p. 84), nota *supra* 3.

a partir de “análises contextuais específicas que interação com a teoria”, obtém-se “uma retroalimentação constante entre teoria e prática”.²⁰⁹

O mundo está em constante mutação, criando novos contextos, impondo novos desafios. Como aponta Douglass North, vivemos em um mundo “não-ergódico”, em que a probabilidade de recorrência de determinados padrões de eventos é incerta porque os seres humanos se esforçam para reduzir a incerteza e para “garantir resultados inteligíveis das contínuas alterações que ocorrem, bem como dos novos desafios à compreensão desse ambiente”.²¹⁰ Ele continua: “As mudanças que fazemos no ambiente hoje levam à criação de um ou mais ambientes novos”.²¹¹ Estudos teóricos e empíricos do Direito Internacional devem, portanto, ser encarados um processo contínuo, permanente e conjunto, assim como análises dão origem a intervenções, que por sua vez originam novos contextos. Teorização e investigação empírica devem ser vistas como parte de um interminável processo de envolvimento humano com nosso ambiente, o mundo em que vivemos e tomamos decisões. Parafraseando North, a mudança criada no ambiente humano hoje dá origem a um novo, que devemos analisar e enfrentar no dia de amanhã.

Temos notado como a questão da eficácia do Direito Internacional é permeada por problemas fáticos – não sabemos como seria um mundo sem o Direito Internacional. O desafio imposto por teóricos realistas como Goldsmith e Posner é explicar como o Direito Internacional induz Estados a se comportar de forma diferente daquela como usualmente iriam se comportar.²¹² A importância dos estudos analisados aqui – inclusive em áreas como Direitos Humanos, onde as alegações realistas parecem ser proeminentes – demonstram que o Direito Internacional pode ser eficaz em determinadas condições, geralmente quando envolve a mobilização de interesses domésticos. Essa descoberta convida a maiores teorizações em níveis menos abstratos que enfatizem a formação de conceitos e hipóteses verificáveis.

209 GREIF (pp. 308, 451), nota *supra* 3.

210 NORTH, Douglass. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

211 *Id.*, p. 20.

212 GOLDSMITH e POSNER, nota *supra* 20.

Nosso foco neste artigo não foi normativo. No entanto, a tendência empírica da doutrina do Direito Internacional tem grande potencial para produzir trabalho normativo sobre questões de conformação e prática institucional. Trabalhos normativos no Direito Internacional em geral se baseiam em proposições comportamentais e institucionais que são simplesmente presumidas como sendo verdadeiras. Sujeitar esses pressupostos a uma rigorosa avaliação empírica significa não apenas expor os limites do Direito Internacional, como também as suas possibilidades. Um passo importante, ressaltamos, é entender as condições sob as quais o Direito Internacional funciona. Quanto à teoria condicional do DIN, muito embora seja necessário começar a construção do pensamento a partir de princípios e valores, é imperioso pensar concretamente – mais perto do chão e com base em evidências empíricas – acerca dos mecanismos e ferramentas que estão propensos a funcionar melhor em cada contexto particular. Para ser eficaz, é preciso utilizar ferramentas adequadas ao contexto, seja ele de Direito Ambiental, Direitos Humanos, Direito Comercial, ou qualquer outro.

Reconhecemos que nossa ênfase na variação e na teoria intermediária acerca de questões abrangentes impõe grandes desafios aos acadêmicos e juristas internacionalistas. O mundo é um lugar complexo, e teorias unificadoras podem nos ajudar a entendê-lo melhor. Acreditamos que teorias devem ser avaliadas não apenas por sua parcimônia, mas também por quanto do mundo são capazes de explicar.²¹³ Os novos estudos empíricos no campo do Direito Internacional têm mostrado que as previsões de grandes teorias só são suportadas com condições. A melhor resposta, a partir da perspectiva da teoria condicional do DIN, é reduzir o nível de abstração de modo a enfatizar o relacionamento interativo entre o estudo empírico e o desenvolvimento teórico. A nova tendência de estudos empíricos deve permitir uma melhor compreensão sobre como e em que condições o Direito Internacional atua, abrindo caminho para o surgimento de projetos normativos. *Gitatiisint, ipis sum adita volest, tectaturessi comni qui cusae quisquasperi consequam vendae laut que ne dolo*

213 Um dos primeiros a observar este ponto foi John Stuart Mill em *A System of Logic* (1843).

ex exceper umquam ipsum ni doloresti ut alicat hil ius a veles des quidebit vendita ditist haruptatem ut autempo rionsequi con perfere dolore expe vellaccae sam accus accaturibus quatem estis consero eture-ruptat quuntia tiasit dolor reptas aligendebit velis consequo ommo voluptiae porehentium evercipiet evelendios es eos est assed quatem si ut untionsequi utasin nossusam facerit quat.

lquat. Ximilic tem ex et aspientiorro illibus eos ea dolenihil excearchil is dit ulpa net offic tem autasitata exceria aliam earciae esto tem incimus, ipsam fugit dolorem faccum qui doluptae expliciis exceari untemol uptatint, consendam, officii accuptat que volenientem verestrum quis voluptibus, officae dia sit, voles vendae prerro omnis eos eum si cum soluptatur sitam aut fugia doloriae et quatio te pa quas essitatius earunt mo bea vellatur, enetur apero bea peligen itatusdam quat.

Omniit aute sedit, tem quis sit aut odi to iur aut eosam rererunt fugita velia si sapeles aut eossitatum que prae eos rehentii voluptiis natiossed quo berspic to de debitae nosanimus dis repe ressum ad quis repe nulparum rent, te comnis ium eturepudae. Et aut at ullupta tiberiatias earuptur arum que volorep edictiisquam fugia et faccum volorit as delecernamenitat.

Sant aut expelitas moluptatur sit exceaquos earum, occabor porpore ctionsed quia dit mos enturi at acea nossenda quat facea doluptat in nieniatatiam fugia cum voluptatur, officima ducimi, quiae consed magnis ea eum iuntur si iminus doluptas solupta nest lam, sus aut posse nobis dolor modit quos quae. Agnata ipsam que sint dest quid qui odic te voluptatur molecum et ero deniet et unt vollia dolore cullupis et escidis rati ipsandae vitio. Con re pratur soles non reictat.

Equi aut ute min es pror sust isquam, consequi ventibus, comnis audi deriosa nemo bera corunt ped esti intotat quaecto de quam alique min nonseres dis id est utempore laute intur?

Luptata comniet volesequi ad eum, quo blaut exeria de pla quidundiat lamus, consequesum nata

dolum ipsanda nditia demporiberit audit quam et optatur?

Eriscipsus doluptatum, as maximin ex esti atiae maium rerempe diciis dolum cusaecat.