

A FORMAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL NA ATUALIDADE**THE FORMATION OF INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW TODAY***Leonardo Nemer Caldeira Brant¹**Bruno de Oliveira Biazatti²***RESUMO**

O costume, a fonte mais antiga do Direito Internacional, se forma a partir de dois elementos cumulativos: a prática estatal, que constitui o seu elemento objetivo, e a *opinio juris*, seu componente subjetivo. Esses dois elementos se adaptaram a própria evolução das condições políticas e sociais da sociedade internacional, tornando o costume uma fonte maleável, capaz de acompanhar as mudanças de paradigma do Direito Internacional. Diante disso, não se pode negar que as normas consuetudinárias se formam, hoje, em um cenário muito diferente daquele identificável em meados do século passado, sendo necessário realizar o estudo do costume conforme essas novas condições. Seguindo essa metodologia, o presente trabalho se dedica ao estudo da formação das normas consuetudinárias à luz do atual *status quo*, de forma a apontar as particularidades do Direito Internacional contemporâneo e seus impactos no costume.

Palavras-chave: Fontes do Direito Internacional; costume internacional; prática estatal; *opinio juris*; regra do objeto persistente.

ABSTRACT

Customary law, the oldest source of international law, is composed by two cumulative elements: State practice, its objective element, and *opinio juris*, its subjective element. These two components have adapted to the very evolution of the political and social conditions of the international society, allowing the custom to be a malleable legal source, able to follow the paradigm shifts in the international law. Therefore, one cannot deny that customary norms are formed today in a very different scenario from the one identifiable in the middle of last century. Under these

¹ Doutor em Direito Internacional pela Université Paris X Nanterre, com tese laureada com o Prix du Ministère de la Recherche. Jurista Adjunto na Corte Internacional de Justiça-CIJ. Membro do Comitê Consultivo para Nomeações do Tribunal Penal Internacional - TPI. Professor associado de Direito Internacional Público da UFMG e da PUC MINAS. Professor convidado na Université Paris X, no Institut des Hautes Études Internationales da Université Panthéon-Assas Paris II, na Université Caen Basse-Normandie, e no XXXVII Curso de Direito Internacional da OEA. Visiting Fellow no Lauterpacht Center da Cambridge University. Presidente e fundador do Centro de Direito Internacional- CEDIN. Editor Chefe do Anuário Brasileiro de Direito Internacional- ABDI.

² Pesquisador do Centro de Direito Internacional - CEDIN.

circumstances, the study of the customary law must also be performed according to these new conditions. Following this methodology, the present paper aims to study the formation of customary rules in the light of the current *status quo*, in order to point out the special features of the contemporary international law and their impact on the customary law.

Keywords: Sources of international law; international customary law; State practice; *opinio juris*; persistent objector rule.

INTRODUÇÃO

A Sociedade Internacional contemporânea evoluiu e continua a evoluir para uma maior institucionalização das relações internacionais, de forma a englobar uma dinâmica agenda de debates que incorpora novos temas, mecanismos e atores na esfera internacional.³ Essa complexa conjuntura produziu uma intensa sistematização do Direito Internacional, caracterizada pela formação de regimes normativos especiais, com algumas regras e instituições próprias, tais como o Direito Internacional Econômico, o Direito Internacional do Trabalho, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados, o Direito Criminal Internacional, o Direito Internacional Aeroespacial, o Direito Internacional do Mar, etc.⁴

Esse fenômeno de sistematização ou fragmentação produz profundos impactos no aparato jurídico internacional, ampliando a abrangência deste⁵. Instituem-se, assim, novos foros de debates dos temas da agenda internacional, bem como novos atores que ganham cada vez mais espaço para participar diretamente nos debates globais e também na própria produção legislativa internacional⁶.

Não estranhamente, essa arquitetura normativa muito peculiar também afetou o processo de formação das normas internacionais. De modo extraordinário, a sistematização do Direito Internacional e a criação de novas instituições internacionais possibilitou um grande e intenso impulso no processo de conclusão de tratados. A Série de Tratados das Nações Unidas (*United Nations Treaty Series*), que cataloga

³ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*, São Paulo: Saraiva, 2013, p.23; LAGE, Délber Andrade Gribel. *A Jurisdicionalização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.5-6.

⁴ ABI-SAAB, Georges. "Fragmentation or unification: some concluding remarks", *International Law and politics*, Vol. 31, 1999, 919-933, p.923; CDI. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*, Relator Especial Martti Koskenniemi, UNDoc.A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p.10-12; SIMMA, Bruno e PULKOWSKI, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 17, No.3, 2006, 483-529, p.484.

⁵ ROMANO, Cesare. "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, 709-751, p.709-710.

⁶ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*, São Paulo: Saraiva, 2013, p.23; LAGE, Délber Andrade Gribel. *A Jurisdicionalização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.130-140.

e publica tratados desde 1946, possui mais de 200 mil tratados registrados. Dados revelam que são publicados cerca de 62 volumes da Série por ano⁷. Por outro lado, a Série de Tratados da Liga das Nações, que existiu entre 1920 e 1946, publicou uma média de apenas 8 volumes por ano⁸.

À primeira vista, esse intenso processo codificador das normas internacionais pode ser visto como uma séria ameaça à própria existência do costume internacional, tornando-o uma fonte do direito obsoleta. Contudo, esse não é o caso. As normas costumeiras, apesar de sua forma não escrita, continuam aplicáveis e presentes nas decisões das cortes internacionais. Para tanto, a Corte Internacional de Justiça (C.I.J.), em um recente julgamento, datado de 17 de março de 2016, expressamente usou do costume internacional em sua *ratio decidendi*.⁹

Além de sua contínua relevância no sistema normativo internacional, o costume ainda produz desafios a serem descritos e estudados pelos jusinternacionalistas. Assim, o estudo das normas costumeiras nunca esteve tão atual e necessário. A própria Associação de Direito Internacional, renomada instituição dedicada à pesquisa do Direito Internacional, passou dezesseis anos estudando o tema (de 1984 a 2000)¹⁰. As conclusões da Associação foram publicadas em 2000, na notória *Declaração de Princípios Aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional Geral*.¹¹ A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, cuja principal função é promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do Direito Internacional¹², também incluiu o estudo do costume em seu mandato. Entre 2012 e setembro de 2016, sob a relatoria do britânico Michael Wood, quatro relatórios foram adotados e publicados pela Comissão¹³.

O presente trabalho almeja contribuir ao debate acerca do costume e também assentar a relevância do estudo das fontes do Direito Internacional no Brasil. Visou-se

⁷ Dados retirados do seguinte site: <https://treaties.un.org/pages/Overview.aspx?path=overview/overview/page1_en.xml>. Acesso em: 17/04/2016.

⁸ Dados retirados do seguinte site: <https://treaties.un.org/pages/Overview.aspx?path=overview/overview/page1_en.xml>. Acesso em: 17/04/2016.

⁹ Supostas Violações de Direitos Soberanos e Espaços Marítimos no Mar do Caribe, Nicarágua v. Colômbia, C.I.J. Rec.2016, p.18; Questão da Delimitação da Plataforma Continental entre a Nicarágua e a Colômbia Além das 200 Milhas Náuticas a Partir da Costa da Nicarágua, Nicarágua v. Colômbia, C.I.J. Rec.2016, p.17. Em ambos os casos, a C.I.J. aplicou as normas de interpretação de tratados presentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) com fulcro costumeiro.

¹⁰ A descrição dos trabalhos da Associação de Direito Internacional referentes ao costume internacional podem ser encontrados no seguinte link: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>>. Acesso em: 12/04/2016.

¹¹ A *Declaração de Princípios Aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional Geral* pode ser encontrada no seguinte link: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>>. Acesso em: 12/04/2016.

¹² Estatuto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas no. 174 (II), 21 de novembro de 1947, art. 1º, parágrafo 1º.

¹³ Todos os quatro relatórios e outros documentos da Comissão de Direito Internacional sobre o costume podem ser encontrados no seguinte link: <http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml>. Acesso em: 12/04/2016.

apresentar uma análise objetiva e sistemática dos elementos relevantes à identificação das normas consuetudinárias internacionais, a fim de prestar-se como guia de estudo e prática a doutrinadores e autoridades judiciais no exercício de suas respectivas funções.

I. OS ELEMENTOS DO COSTUME E SUA DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO USO

Ao apontar que o costume corresponde a “[...] uma prática geral aceita como sendo o direito”¹⁴, o Estatuto da C.I.J. revela que uma norma consuetudinária só pode existir diante do exaurimento de dois elementos cumulativos: a prática dos Estados e a *opinio juris sive necessitatis* (ou apenas *opinio juris*)¹⁵. Enquanto o primeiro elemento compreende uma prática constante e uniforme executada pelos Estados¹⁶, o segundo deve ser entendido como o reconhecimento de que essa prática é juridicamente obrigatória.¹⁷ Com isso, o costume só se formará quando os Estados interessados agirem com a consciência de que essa conduta equivale a uma obrigação legal que lhes seja exigível pelo Direito Internacional¹⁸.

Se os Estados agem de forma repetida exclusivamente porque consideram a conduta em questão moralmente imperativa ou por simples cortesia, oportunidade ou tradição, esse ato não será considerado uma norma costumeira, mas simples uso¹⁹. Apesar de tanto o costume quanto o uso serem práticas estatais uniformes, esse último é praticado sem a crença de que a sua execução seja juridicamente obrigatória, não resultando, assim, na responsabilização internacional do Estado que atua em desconformidade com ele.²⁰ De forma muito elucidativa, o Tribunal Especial de Serra

¹⁴ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 26 de junho de 1945, Decreto no. 19.841, de 22 de outubro de 1945, art.38, parágrafo 1º, alínea “b”.

¹⁵ Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J. Rec. 1985, p.29; Legalidade do Uso a Ameaça de Armas Nucleares, C.I.J. Rec.1996, p.253; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44.

¹⁶ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, pp.42-43; Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, p.98; Caso sobre o Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, p.277.

¹⁷ SHAW, Malcolm. International Law, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.84; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44; Caso sobre o Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, pp.276-277; Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, p.28; Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, pp.97 e 108-109.

¹⁸ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44.

¹⁹ SHAW, Malcolm. International Law, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp.70-71.

²⁰ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44; Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J., Rec.1985, Opinião Separada do Vice-Presidente Sette-Camara, p.69; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz Dillard, p.58; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, p.285-286; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, Objeções Preliminares, C.I.J. Rec. 1957, Opinião Dissidente do Juiz Chagla, p.117; Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec. 1974, Opinião Separada do Juiz Petrén,

Leoa afirmou que “[u]m articulado senso de obrigação sem uma prática uniforme é nada mais do que retórica. Por outro lado, a prática estatal sem *opinio juris* é apenas hábito”.²¹

Para fins de ilustração, quando dois navios se cruzam no alto mar, eles corriqueiramente dão uma salva de canhão um para o outro, como forma de cumprimento e cordialidade. Contudo, não há nenhum elemento de *opinio juris* nessa conduta particular, tornando a salva de canhão mero gesto de gentileza internacional e não uma obrigação jurídica. Com isso, se ao passar por um navio do Estado A, um navio do Estado B não dispara um de seus canhões, o Estado B não incorre em qualquer ato ilícito internacional, já que nenhuma obrigação jurídica foi violada.

Além do cumprimento através da salva de canhões, outros atos corriqueiros que se enquadram na categoria de uso são: a permissão dada por certos Estados para que outros usem suas bases de lançamento de satélites, a autorização para que turistas estrangeiros entrem no território do Estado e também as contribuições financeiras para países em desenvolvimento²². Apesar desses atos serem regularmente praticados, não há qualquer norma exigindo que eles o sejam²³.

II. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL TORNOU O COSTUME OBSOLETO?

Apesar de expressamente previsto no artigo 38, parágrafo 1º, alínea “b” do Estatuto da C.I.J., questiona-se se o costume internacional ainda seja relevante nos dias atuais, especialmente devido ao intenso processo de codificação do Direito Internacional. O questionamento é válido porque áreas que tradicionalmente eram reguladas por normas costumeiras se tornaram objeto de amplos tratados, tais como o Direito do Mar²⁴ e as relações diplomáticas²⁵ e consulares²⁶.

p.305; Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, p.109; Caso sobre os Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos, França v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.1952, Opinião Dissidente dos Juízes Hackworth, Badawi, Levi Carneiro e Sir Benegal Rau, p.221; Opinião Consultiva sobre Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Juiz Shahabuddeen, pp.423-424; Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Dissidente do Juiz Van den Wyngaert, p.145.

²¹ Procurador v Sam Hinga Norman, Decisão sobre a Moção Referente à Falta de Jurisdição (Recrutamento de Crianças), Tribunal Especial de Serra Leoa, Câmara de Recursos, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de maio de 2004, p.13.

²² SHAW, Malcolm. International Law, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.71.

²³ SHAW, Malcolm. International Law, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.71.

²⁴ Regulando o Direito Internacional do Mar, temos a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, adotada em 1982.

²⁵ Regulando as relações diplomáticas, temos a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, adotada em 1961.

²⁶ Regulando as relações consulares, temos a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, adotada em 1963.

Apesar disso, a codificação do Direito Internacional não tornou o costume obsoleto²⁷. Não se pode esquecer que esse processo codificador internacional não se perfaz através uma autoridade legislativa central capaz de vincular toda a sociedade internacional²⁸. Ainda que, de fato, os tratados tenham aumentado em número e também nas áreas que regulam, eles ainda são criados por meio de um processo descentralizado e horizontalizado²⁹, que pode dificultar a codificação de certas áreas consideradas sensíveis pelos Estados. Um exemplo claro é a responsabilidade internacional dos Estados por seus atos ilícitos, matéria que se encontra organizada num extenso e detalhado projeto de convenção pela Comissão de Direito Internacional desde 2001³⁰. Porém, devido à falta de vontade política dos Estados, esse importante documento não foi transformado em tratado até o presente momento. Diante disso, na ausência de normas convencionais vinculantes, órgãos jurisdicionais internacionais usam de regras costumeiras para decidir litígios envolvendo a responsabilidade dos Estados³¹.

Além disso, três outros argumentos corroboram a relevância atual do costume em face dos tratados. Primeiramente, o direito consuetudinário internacional pode possuir um maior poder impositivo obrigacional do que o direito convencional³². Ao contrário de tratados, que vinculam unicamente os Estados que expressaram o seu consentimento, uma vez que uma norma jurídica é estabelecida como costume internacional geral, essa norma vinculará a todos os Estados³³. Além disso, ainda que uma norma possa coexistir em tratados e no costume³⁴, esse último pode expandir o

²⁷ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.308.

²⁸ SHAW, Malcolm. *International Law*, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.69; Caso sobre o S.S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz Nyholm, p.59.

²⁹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.25; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. "Fundamentos da existência e validade do Direito Internacional", *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, n. 62, p.366-403, 2013, p.367-368; ROMANO, Cesare. "The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent", *International Law and Politics*, Nova York, Vol. 39, p.791-872, 2007, p.797.

³⁰ CDI. Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, UNDoc.A/56/10, Anuário da Comissão de Direito Internacional, Vol. II, Parte II, 2001.

³¹ Projeto Gabéikovo-Nagymaros, Hungria v. Eslováquia, C.I.J. Rec. 1997, p.40; Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Croácia v. Sérvia, C.I.J. Rec.2015, p.47; Caso das Usinas de Celulose no Rio Uruguai, Argentina v. Uruguai, C.I.J., Rec.2010, pp.103-104; Consequências Legais da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado, C.I.J. Rec.2004, p. 198; Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro, C.I.J. Rec.2007, p.233; Caso sobre Avena e Outros Nacionais Mexicanos, México v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.2004, p.59.

³² SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.309.

³³ Relevante destacar que uma norma do costume não vinculará os Estados que a objetaram ainda durante o seu estágio de formação. Essa é chamada regra do objeto persistente e será analisada logo abaixo no subtítulo III.A.d. 4.1.4.

³⁴ Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, p.27.

alcance das regras convencionais para aqueles Estados que não sejam partes do tratado em questão ou para vincular as ações dos Estados partes antes que esses tenham ratificado o tratado ou antes que esse tenha entrado em vigor³⁵. Ademais, os Estados que ainda não existiam quando a norma costumeira se formou, como colônias ou ex-partes de um Estado, também se vinculam a esse costume, ainda que nunca tiveram a chance de expressar a sua posição ou consentimento a essa regra³⁶. Finalmente, ao contrário dos tratados, que podem ser denunciados, suspensos ou extintos³⁷, o direito consuetudinário internacional não permite que um Estado, unilateralmente, se desvincule dele³⁸.

Além disso, embora se assuma que o direito consuetudinário se desenvolve muito lentamente, em contraste com a formação rápida dos tratados, a prática real dos Estados demonstra que essa é uma presunção infundada³⁹. O processo formal de negociação, conclusão e entrada em vigor de tratados pode demandar muito tempo, até mesmo décadas⁴⁰. Diante disso, a formação de um tratado pode demorar mais tempo do que o necessário para a formação de certos costumes⁴¹. Por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar começou a ser negociada em 1973, foi assinada em 1982 e entrou em vigor somente em 1994, ou seja, esse tratado demorou 21 anos para começar a criar efeitos obrigacionais a seus Estados partes.⁴² A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), por sua vez, demorou 31 anos para entrar em vigor, sendo que a elaboração de seu texto se iniciou em 1949, foi concluído em 1969 e entrou em força em 1980⁴³. Por fim, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas começou a redigir o estatuto para uma corte penal internacional permanente em 1949, sendo que esse foi concluído apenas em 1998, entrando em força com o recebimento do sexagésimo instrumento de ratificação em 2002, depois de 53 anos do seu início⁴⁴.

³⁵ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.309.

³⁶ Os efeitos do costume sobre Estados recém criados serão analisados logo abaixo no subtítulo III. A.b.

³⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23 de maio de 1969, Decreto no. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, arts.53-64.

³⁸ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.309.

³⁹ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.309.

⁴⁰ DÖRR, Oliver e SCHMALENBACH, Kirsten (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin: Springer, 2012, p.397.

⁴¹ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.309.

⁴² A descrição do processo de adoção e entrada em força da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar pode ser encontrado no seguinte link: <<http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html>>. Acesso em: 12/04/2016.

⁴³ A descrição do processo de adoção e entrada em força da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) pode ser encontrado no seguinte link: <<http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>>. Acesso em: 12/04/2016.

⁴⁴ A descrição do processo de criação do Tribunal Penal Internacional pode ser encontrada no seguinte link:

Finalmente, é comum afirmar-se que tratados são mais eficientes do que as normas costumeiras, pois aqueles oferecem maior clareza e precisão na descrição das obrigações legais neles listadas⁴⁵. Contudo, esse não é sempre o caso. As disposições de certos tratados, especialmente os multilaterais, também podem adotar uma linguagem imprecisa, objetivando conciliar no tratado posições e interesses culturais, jurídicos e políticos divergentes entre os diversos Estados signatários⁴⁶. Em certos casos, regras consuetudinárias proporcionam maior exatidão, precisamente porque podem evoluir a partir de situações concretas ou decisões escritas de cortes internas e internacionais⁴⁷.

Diante do exposto, o costume continua relevante no Direito Internacional de nossos dias, ainda que o número de tratados tenha aumentado exponencialmente. As particularidades da sociedade internacional, em especial a sua estrutura descentralizada e a grande variedade política, econômica, cultural e jurídica dos seus membros, pode tornar o processo de adoção de tratados lento e falho. Além disso, sabendo que o costume pode ter um alcance obrigacional maior do que as normas convencionais, aquela fonte não pode e, de fato, não é negligenciada pelas cortes internacionais, Estados e organizações.

III. ELEMENTOS DE FORMAÇÃO DO COSTUME

Como já exposto acima, o costume é composto por dois elementos: **(A)** a prática estatal, seu componente objetivo, e **(B)** a *opinio juris*, o elemento subjetivo. Passemos a discutir cada um deles individualmente.

A. O elemento objetivo do costume: a prática estatal

O elemento objetivo do costume é a prática dos sujeitos de Direito Internacional, com destaque à conduta dos Estados, que continuam a ser os sujeitos internacionais primários⁴⁸. A prática consiste em atos e omissões que são atribuíveis a um Estado, no exercício de suas atividades no âmbito executivo, legislativo ou judicial⁴⁹. Assim, podem ser considerados elementos de prática estatal: as leis internas

<<http://www.iccnw.org/?mod=icchistory>>. Acesso em: 12/04/2016.

⁴⁵ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.310.

⁴⁶ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.310.

⁴⁷ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.310.

⁴⁸ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.16.

⁴⁹ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.19.

dos Estados;⁵⁰ decisões judiciais de cortes domésticas;⁵¹ a conclusão e ratificação de tratados;⁵² documentos administrativos e declarações de autoridades públicas;⁵³ atos e

⁵⁰ Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa, Alemanha v. Polônia, C.P.J.I., Rec.1926, Série A, nº 7, p.19; Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec. 2000, p.24; Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.123; Caso sobre os Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos, França v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.1952, Opinião Dissidente dos Juízes Hackworth, Badawi, Levi Carneiro e Sir Benegal Rau, p.220; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.105, 107 e 129; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.228; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1973, Opinião Dissidente do Juiz Padilla Nervo, p.44; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada dos Juízes Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh e Ruda, p.51; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz De Castro, p.84.

⁵¹ Caso sobre o S.S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, p.28-29; Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec. 2000, p.24; Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.123; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Separada do Juiz Guillaume, p.292; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1964, Opinião Separada do Vice-Presidente Wellington Koo, p.63; Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec. 2000, Opinião Separada dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, p.88.

⁵² Caso Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala, C.I.J. Rec. 1955, p. 22-23; Reservas à Convenção sobre o Genocídio, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1951, p.24-25; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.43, 104, 105, 126 e 128; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Dissidente do Juiz Riphagen, p.347; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, p.26; Plataforma Continental, Tunísia v. Líbia, C.I.J. Rec.1982, p.79; Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J. Rec.1985, p.38 e 48; Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.138 e 143; Interpretação dos Tratados de Paz com a Bulgária, Hungria e Romênia, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1950, Opinião Dissidente do Juiz Read, p.241-242; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Separada do Juiz Guillaume, p.292; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel, p.312 e 314; Pescas Anglo-norueguesas, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, Opinião Dissidente do Juiz Sir Arnold McNair, p.163-164; Caso sobre os Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos, França v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.1952, Opinião Dissidente dos Juízes Hackworth, Badawi, Levi Carneiro e Sir Benegal Rau, p.220; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Índiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Wellington Koo, p.41 e 55; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Índiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Sir Percy Spender, p.104; Caso sobre a Decisão Arbitral emitida pelo Rei de Espanha em 23 de dezembro de 1906, Honduras v. Nicarágua, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Urrutia Holguín, p.223.

⁵³ Disputa relativa à Direitos de Navegação e Outros Direitos Correlatos, Costa Rica v. Nicarágua, C.I.J. Rec.2009, Opinião Separada do Juiz Sepúlveda-Amor, p.280; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Separada do Juiz Ranjeva, p.295; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.104; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1973, Opinião Dissidente do Juiz Padilla Nervo, p.43; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.104 - 107 e 126; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz De Castro, p.84; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Jessup,

correspondências diplomáticas;⁵⁴ adoção de resoluções em organizações internacionais ou conferências;⁵⁵ entre outros.

Para um estudo adequado da prática estatal como elemento constituinte do costume, devemos analisar **(a)** a sua duração temporal; **(b)** o número de Estados necessário para formar uma norma consuetudinária; e também **(c)** o questionamento se a prática de alguns Estados é mais importante que a de outros. Por fim, **(d)** descrever-se-á a notória regra do objeto persistente.

A. Duração temporal da prática estatal

Uma das passagens mais citadas pela doutrina, ao analisar a duração temporal da prática estatal, é um trecho do voto dissidente do juiz romeno na Corte Permanente de Justiça Internacional (C.P.J.I.) Demetre Negulesco, na *Opinião Consultiva sobre a Competência da Comissão Europeia do Danúbio*. O excerto é o seguinte: “Os ensinamentos dos doutrinadores e a prática internacional concordam em reconhecer a necessidade de um uso imemorial [para a formação do costume]”⁵⁶. Por meio desse excerto, Negulesco defendeu que um costume só pode ser criado se a prática estatal o corroborando existe desde tempos antiquíssimos ou imemoriais.

Um precedente que adotou uma escala temporal muito longa para a formação do costume foi o *Caso referente ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, julgado em 1960, pela C.I.J. Nesse, concluiu-se que uma prática de mais de 125 anos pela Índia, permitindo a passagem dos portugueses sobre seu território, poderia ser considerada um costume internacional⁵⁷. Em nenhuma parte de seu julgamento, a C.I.J. afirmou ou deu a entender que uma duração menor de tempo poderia ser suficiente para criar costumes⁵⁸.

Contudo, o entendimento prevalecente atual defende que o Direito Internacional não exige uma escala rígida e fixa de tempo, de forma que a prática estatal se formará conforme as circunstâncias objetivas do caso e a própria natureza da prática em

p.197; Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.123; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel, p.312.

⁵⁴ Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Jessup, p.197; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.298-299.

⁵⁵ Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, p.26; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.302-303; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel, p.312; Timor Leste, Portugal v. Austrália, C.I.J. Rec.1995, Opinião Dissidente do Juiz Weeramantry, p.188.

⁵⁶ Opinião Consultiva sobre a Competência da Comissão Europeia do Danúbio entre Galati e Braila, C.P.J.I. Rec. 1927, Opinião Dissidente do Juiz Negulesco, p.105.

⁵⁷ Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, p.40.

⁵⁸ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.15.

análise.⁵⁹ Manfred Lachs esclareceu que o processo de formação de normas costumeiras no passado de fato demandava muito tempo⁶⁰. Contudo, a incrível velocidade com a qual as mudanças sociais e econômicas ocorrem na esfera internacional, combinada com a aceleração do progresso científico e tecnológico, exige uma maior dinamicidade transformativa e evolutiva do direito internacional⁶¹. Diante disso, uma regra costumeira internacional pode se formar num curto período de tempo.

A própria C.I.J. afirmou, no *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, que “[...] a passagem de apenas um curto período de tempo não é necessariamente, ou por si só, um impedimento à formação de uma nova regra do Direito Internacional consuetudinário”⁶². Isso se evidencia na norma costumeira garantindo a liberdade de movimento no espaço sideral, que surgiu com o decurso de um período extremamente curto de tempo. O elemento mais relevante nesse caso não foi a duração da prática, mas o fato de que os Estados não apresentaram qualquer objeção aos instrumentos espaciais que circulavam acima deles no espaço extra-atmosférico e cujo lançamento foi feito sem autorização por eles.⁶³ Além dessa regra, há também o princípio da soberania nacional sobre a coluna de ar adjacente ao território terrestre do Estado, que surgiu e se consolidou com o uso de aviões na Primeira Guerra Mundial⁶⁴.

Pelo exposto, podemos concluir que a formação do costume internacional é um processo inerentemente dinâmico, cujas regras podem se constituir em pequenos espaços de tempo. Com isso, não é necessariamente vinculante, como regra geral, o parâmetro de mais de 125 anos adotado no *Caso do Direito de Passagem* e muito menos uma escala imemorial de tempo, como sugerido pelo Juiz Demetre Negulesco.

B. O número de Estados participantes da prática estatal

Elemento relevante para a formação do costume internacional é o número de Estados que devem participar na prática estatal. Nesse prisma, o artigo 38 do Estatuto da C.I.J. afirma que o costume internacional compreende “uma prática geral”⁶⁵ (grifo nosso). O uso do termo “geral” pelos juristas autores do artigo 38 significa que todos os Estados do globo devem participar da prática em questão para que o costume se forme? A prática estatal deve ser, então, universal?

⁵⁹ SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.72.

⁶⁰ *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.230.

⁶¹ *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.230.

⁶² *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, p.43.

⁶³ *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.230.

⁶⁴ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, *B.Y.I.L.*, Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.15.

⁶⁵ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 26 de junho de 1945, Decreto no. 19.841, de 22 de outubro de 1945, art.38, parágrafo 1^o, alínea “b”.

De fato, em fontes mais antigas, afirma-se que o costume depende de uma prática absolutamente global. Essa foi a conclusão dada pelo árbitro norte americano William H. Taft, na *Arbitragem sobre Aguilar-Amory e o Banco Real do Canadá*, comumente reconhecida como *Arbitragem Tinoco*. Em seu laudo arbitral, William Taft concluiu que a política nacional dos Estados Unidos de não reconhecimento do Governo do Presidente Federico Alberto Tinoco Granados, na Costa Rica, não reflete um costume internacional, pois “[...] ela [a política norte americana] certamente não foi aquiescida por todas as nações do mundo”⁶⁶ (grifo nosso). Na mesma linha, o Juiz M. Weiss, em sua opinião dissidente no *Caso S. S. Lotus*, explicou que o costume só se forma a partir de um consenso universal (*consensus omnium*).⁶⁷ Nas palavras desse magistrado: “Sempre que se verifica que todas as nações que constituem a comunidade internacional estão de acordo com a aceitação ou a aplicação, em suas relações mútuas, de uma regra específica de conduta, essa regra se torna parte do Direito Internacional [...]”⁶⁸ (grifo nosso).

Contudo, exigir uma prática estatal abarcando todos os Estados é parâmetro descabido na atual conjuntura internacional. Em uma sociedade internacional composta por mais de 190 Estados⁶⁹, com as mais variadas estruturas econômicas, culturais, sociais, políticas e jurídicas, exigir uma prática universal entre todos eles restringiria o costume de forma inaceitável. Além disso, o Juiz Tanaka, em sua opinião dissidente no *Caso do Sudoeste Africano*, afirmou que se a prática dissidente de um único Estado ou de um pequeno grupo de Estados fosse suficiente para impedir a formação de um costume, esses Estados teriam um verdadeiro poder de veto no processo de criação de novas normas costumeiras, o que claramente não é um cenário adequado⁷⁰.

Negando o critério da universalidade, a C.I.J. concluiu, no *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, que uma prática estatal com “[...] uma participação muito ampla e representativa [...] pode ser suficiente, desde que entre os Estados participantes dessa prática figurem aqueles cujos interesses são especialmente afetados”⁷¹. Em outro excerto desse mesmo julgamento, afirmou-se que “[...] a prática estatal, incluindo a dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, deve ser extensiva e praticamente uniforme no sentido da afirmação invocada.”⁷² Assim, segundo a C.I.J., uma prática generalizada já seria suficiente para criar normas consuetudinárias.

⁶⁶ Arbitragem sobre Aguilar-Amory e o Banco Real do Canadá (Caso Tinoco), Reino Unido v. Costa Rica, R.I.A.A., Vol.I, 18 de outubro de 1923, p.381.

⁶⁷ Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz M. Weiss, pp.43-44.

⁶⁸ Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz M. Weiss, pp.43-44.

⁶⁹ Atualmente, existem 193 entidades com a sua condição de Estado incontestada. Todas elas são membros das Nações Unidas. Para ver a lista completa, cf.: <<http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>>. Acesso em: 01/05/2016.

⁷⁰ Caso do Sudoeste Africano, Libéria v. África do Sul, C.I.J. Rec. 1966, Opinião Dissente do Juiz Tanaka, p.291.

⁷¹ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.42.

⁷² Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.43.

Ao concluir que a prática estatal deve ser extensa e representativa, surge outro questionamento pertinente: quantos Estados tornam uma prática extensa e representativa? Já sabemos que exigir uma prática unânime de todos os Estados do planeta não é parâmetro apropriado. Por outro lado, quando o Juiz Tanaka afirma que a prática dissidente de um pequeno grupo de Estados não impede a formação de um costume, infere-se que uma maioria muito abrangente seria necessária⁷³. Objetivando apontar um número minimamente preciso de Estados atuantes na prática estatal, o Juiz M. Loder, em sua opinião dissidente no *Caso S. S. Lotus*, afirmou que seria imprescindível “[...] a grande maioria dos Estados [...]”⁷⁴. No *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, o Juiz Lachs opinou que “[a] prova [da prática estatal] se encontra no comportamento de um grande número de Estados, possivelmente a maioria deles e, em qualquer caso, a grande maioria dos Estados interessados [na norma costumeira em questão]”⁷⁵. O Juiz Ammoun, por sua vez, afirmou que “[...] cerca de metade da comunidade internacional” ainda não seria suficiente⁷⁶.

Contudo, estabelecer um valor matematicamente preciso e absoluto do número de Estados necessários para constituir uma regra costumeira não é a melhor opção. Conforme lecionado pelo britânico Michael Akehurst, o número de Estados exigível para formar um costume varia conforme cada caso concreto⁷⁷. Nesse prisma, Akehurst sustenta que a quantidade de Estados defendendo a existência da norma costumeira deve ser proporcional ao número de Estados que se opõe a ela. Em outras palavras, quanto maior for o número de Estados contrários à existência de uma norma costumeira, maior deverá ser o número de Estados corroborando a sua existência⁷⁸. No sentido inverso, quanto menor for a prática estatal se opondo ao costume, menor também será o número de Estados necessários para provar a sua existência⁷⁹.

O método pragmático desenvolvido por Akehurst se revela adequado e compatível com a atual complexidade intrínseca da sociedade internacional. Esse doutrinador britânico entendeu que exigir uma quantidade muito expressiva de Estados para formar um costume é simplesmente inviável nos dias atuais, devido ao grande número de países que compõe a sociedade internacional. Além disso, à luz das

⁷³ Caso do Sudoeste Africano, Libéria v. África do Sul, C.I.J. Rec. 1966, Opinião Dissidente do Juiz Tanaka, p.291.

⁷⁴ Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz M. Loder, p.36.

⁷⁵ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.229.

⁷⁶ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.130.

⁷⁷ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.18.

⁷⁸ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.18.

⁷⁹ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.18.

disparidades tecnológicas e econômicas entre os Estados e do próprio tempo limitado de existência de alguns deles, certas atividades são executadas apenas por um seletivo número de países, tais como lançamento de satélites⁸⁰ e a exploração mineral do fundo oceânico⁸¹. Seria descabido defender que as limitações de ordem científica e econômica de alguns Estados poderiam impedir a formação de normas costumeiras regulando essas atividades que são inquestionavelmente de interesse global.

Decorrente da conclusão de que não é necessária a participação de todos os Estados do mundo para a formação de uma norma costumeira, um Estado específico estará vinculado a um certo costume ainda que não tenha participado ativamente na prática que o formou ou nunca tenha manifestado aquiescência a ele de forma expressa⁸². Em decorrência disso, o mero silêncio de um Estado face o processo de formação de uma norma consuetudinária não é impedimento à cristalização dessa. Não se faz necessário, assim, demonstrar o consentimento individual de cada Estado para que eles se vinculem a um costume⁸³.

A própria jurisprudência internacional corrobora que o consentimento individual dos Estados é dispensável para a constituição de uma norma consuetudinária geral. No *Caso S. S. Lotus*, a C.P.J.I. analisou se refletiria uma regra costumeira a afirmação de que somente o Estado do pavilhão teria jurisdição para julgar o capitão do navio em caso de colisões em alto mar. Em seu julgamento, a Corte não analisou especificamente a prática da França e da Turquia, as partes do litígio, mas a prática geral dos Estados⁸⁴. Já no *Caso Nottebohm*, no qual se opôs Liechtenstein e Guatemala, a C.I.J. determinou que o exercício de proteção diplomática em cortes internacionais está condicionado a uma “conexão genuína” de nacionalidade entre o Estado e a pessoa a que se quer proteger⁸⁵. Em seu acórdão, a C.I.J. não focou especificamente na prática de Liechtenstein e da Guatemala, mas sim na prática geral de Estados terceiros ao

⁸⁰ No ano de 2016, apenas doze Estados possuem a infraestrutura necessária para lançar satélites ao espaço. São eles: China, Irã, Israel, Itália, Coreia do Norte, Coreia do Sul, Índia, Japão, Estados Unidos, França, Ucrânia e Rússia. Além desses países, merece destaque também a Agência Espacial Europeia (ESA), que é uma organização regional europeia criada para conduzir atividades extra-atmosféricas. Atualmente, ela conta com 22 Estados Membros: Áustria, Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido.

⁸¹ No ano de 2016, apenas sete Estados estavam autorizados pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos a realizar atividades de exploração mineral no assoalho marítimo. São eles: Reino Unido, Cingapura, Ilhas Cook/Nova Zelândia, Índia, Alemanha, Rússia e Brasil.

⁸² ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.23-24; AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.23-24.

⁸³ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.23-24.

⁸⁴ *Caso S. S. Lotus*, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, p.26-31.

⁸⁵ *Caso Nottebohm*, Liechtenstein v. Guatemala, C.I.J. Rec.1955, p.22-24.

litígio. Não foi relevante para a conclusão da Corte a existência de qualquer forma de prática concordante daqueles dois Estados em relação à regra costumeira da “conexão genuína” de nacionalidade.⁸⁶

Sabendo que o consentimento não é base do costume, Estados recém-independentes também se encontram obrigados pelas regras pré-existentes de direito consuetudinário⁸⁷. Humphrey Meredith Waldock explica que se novos Estados tivessem a prerrogativa de se recusar a vincular-se a normas do costume já formadas, a própria ordem jurídica internacional estaria fadada ao fracasso. Isso porque, os Estados já vinculados a esse costume pré-existente também teriam a liberdade de não cumprir suas obrigações costumeiras vis-à-vis esses novos Estados. Nessas circunstâncias, a segurança jurídica no Direito Internacional seria negada na sua essência⁸⁸.

Além disso, nenhum Estado recém criado jamais alegou, perante cortes internacionais, que não estaria vinculado a um costume já constituído, porque surgiu depois que essa norma se formou⁸⁹. Para fins de ilustração, durante a existência da C.P.J.I., a Polônia esteve envolvida numa série de processos perante essa Corte no tocante a interesses alemães no território polonês. A Polônia nunca alegou que só surgiu como Estado em 1918 e, portanto, não estaria vinculada ao Direito Internacional consuetudinário pré-existente⁹⁰. Por sua vez, no já mencionado *Caso referente ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, a Índia não contestou a pretensão de Portugal alegando que surgiu como um Estado soberano somente em 1947 e o costume garantindo o direito de passagem aos portugueses se formou antes disso⁹¹.

De forma analógica aos Estados recém-criados, aqueles países que iniciaram suas atividades tardiamente num certo campo também se encontram obrigados pelas regras consuetudinárias já existentes naquele ramo específico de atividades⁹². O argumento de Humphrey Waldock também se aplica aqui. Caso o contrário fosse possível e os Estados novos numa certa atividade estivessem isentos das obrigações costumeiras

⁸⁶ Caso *Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala*, C.I.J. Rec.1955, p.22-24.

⁸⁷ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.24; WALDOCK, Humphrey. “General Course on Public International Law”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol.106, 1962, pp.51-52; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.38.

⁸⁸ WALDOCK, Humphrey. “General Course on Public International Law”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol.106, 1962, p.52.

⁸⁹ WALDOCK, Humphrey. “General Course on Public International Law”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol.106, 1962, p.52.

⁹⁰ Opinião Consultiva sobre os Colonos Alemães na Polônia, C.P.J.I., Rec.1923, Série B, nº 6, p.36; Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa, Alemanha v. Polónia, C.P.J.I., Rec.1926, Série A, nº 7, p.22 e 42.

⁹¹ Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, p.6.

⁹² ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.24; AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.18

específicas daquele ramo, a segurança jurídica internacional estaria sob inaceitável ameaça. Além disso, a prática estatal releva que os Estados aceitam essas regras pré-formadas como vinculantes. Um exemplo clássico são as atividades no espaço sideral, cujas normas costumeiras relevantes se formaram quando apenas a União Soviética e os Estados Unidos lançavam satélites⁹³. Posteriormente, outros Estados também começaram a colocar instrumentos espaciais em órbita, como a França, Japão, China, Reino Unido, Índia, Israel, Ucrânia, Rússia, Irã e Coreia do Norte. Nenhum desses se opôs ao caráter vinculante daquelas normas pré-existentes.

Assim, o costume se formará a partir de uma prática estatal geral, sendo que o consentimento individual de cada um dos Estados membros da comunidade internacional é elemento dispensável. Além disso, o número de Estados necessário para a formação de uma regra consuetudinária é um elemento que se modifica conforme o caso concreto, de forma que quanto maior for o número de Estados rejeitando a existência de certa norma, mais robusta deve ser a quantidade de Estados defendendo a sua existência.

C. A prática de alguns Estados é mais relevante que a de outros?

No já mencionado *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, a C.I.J. determinou que a prática estatal para fins de formação de uma certa norma consuetudinária deve conter a prática dos Estados cujos interesses são especialmente afetados por essa norma.⁹⁴ A partir disso, é possível afirmar que quanto mais Estados especialmente interessados num certo costume participam da prática estatal apoiando a sua criação, mais rápido essa norma se formará e menor será o número absoluto de Estados necessário para a sua cristalização. O *dicta* da C.I.J. no *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte* revela que a formação do costume não segue apenas elementos quantitativos de prática estatal, mas também qualitativos, isto é, a questão não é somente saber *quantos* Estados devem participar da prática, mas também *quais* Estados dela participam.⁹⁵

Ao analisar o *Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, a Associação de Direito Internacional concluiu que esse elemento qualitativo da prática estatal possui dois aspectos, um positivo e outro negativo⁹⁶. O aspecto positivo indica que se os

⁹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*, 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.39-41.

⁹⁴ *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, p.42-43. O mesmo em: *Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos*, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Tanaka, p.175-176; *Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia*, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz De Castro, p.90.

⁹⁵ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26; MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 *Collected Courses* (1998), p.219.

⁹⁶ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à

Estados especialmente interessados se encontram representados na prática, o costume geral se formará ainda que sem a participação da maioria dos outros Estados⁹⁷. Por outro lado, o aspecto negativo determina que se os Estados especialmente afetados não aceitam uma certa prática, ela dificilmente se cristalizará como uma norma costumeira, ainda que diversos outros Estados tenham a ela aderido⁹⁸. Nesse prisma, a aceitação ou rejeição de um costume pelos Estados especialmente afetados por ele se torna um elemento de imensa importância no processo de formação da norma consuetudinária em comendo.

Essa conjuntura dá ensejo à seguinte pergunta: a prática de alguns Estados é mais relevante do que a prática de outros para a formação do costume? Primeiramente, não há como negar que alguns Estados têm maior influência do que outros no desenvolvimento do costume internacional⁹⁹. Contudo, Michael Akehurst e Maurice Mendelson esclarecem que esse fato não decorre de uma relevância ou superioridade intrínseca desses Estados, mas apenas porque a conduta de alguns países é divulgada de forma mais frequente e intensa que a de outros¹⁰⁰. Assim, quanto maior for a publicidade que os atos de um certo Estado recebe, maiores serão as chances de que esses atos sejam repetidos por outros países. Além disso, quanto mais intenso for o engajamento de um Estado num certo ramo de atividades, maior será também a publicidade que esse Estado receberá, o tornando mais susceptível de influenciar outros países¹⁰¹.

Destarte, não é possível determinar um rol taxativo e pré-determinado de “grandes Estados” dotados de especial poder de influência na formação do costume internacional¹⁰². O conceito de “Estado especialmente afetado” varia conforme as circunstâncias do caso, em especial quanto ao aspecto *ratione materiae* da norma costumeira em questão. Assim, a capacidade de influência dos Estados muda conforme

Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26.

⁹⁷ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26.

⁹⁸ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26.

⁹⁹ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.23.

¹⁰⁰ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.23; MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 Collected Courses (1998), p.225-226; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Humanização do Direito Internacional, 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.39.

¹⁰¹ AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, pp.23; MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 Collected Courses (1998), p.225-226.

¹⁰² ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26; CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.39.

a área específica que se pretende regular com uma norma costumeira¹⁰³. Nesse cenário, os Estados com maior poder de influência no desenvolvimento do costume nem sempre serão aqueles que tradicionalmente exercem um predomínio político e econômico na comunidade internacional, como Alemanha, Estados Unidos, Rússia e China¹⁰⁴. Essa natureza variável da noção de “Estado especialmente afetado” fica evidente na formação de certas normas costumeiras do Direito Internacional do Mar. Estados que produziram considerável influência na criação de normas regendo a liberdade de pesca em alto mar, por exemplo, não foram grandes potências mundiais, mas sim países periféricos, cujos nacionais tradicionalmente realizavam pescas de longas distâncias no alto mar. Devido a sua intensa participação nessas atividades, a prática desses países assumiu uma relevância bem mais acentuada do que a prática das grandes potências tradicionais¹⁰⁵. Outro exemplo foi a criação de um regime jurídico especial para águas arquipelágicas, cujo desenvolvimento foi possível devido à iniciativa e insistência de Estados insulares, entre os quais não figuravam grandes potências.¹⁰⁶

D. A regra do objeto persistente

Já demonstrou-se que o mero silêncio dos Estados em relação a uma norma costumeira não os exonera da obrigação de respeitar o seu conteúdo. Contudo, se um Estado expressamente se posicionar contrário à existência de uma norma costumeira ainda na sua fase de formação e mantiver a sua objeção à essa norma quando ela se cristalizou, esse Estado não estará obrigado por esse costume¹⁰⁷. Essa é a chamada

¹⁰³ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.39.

¹⁰⁴ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26; MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 Collected Courses (1998), p.226.

¹⁰⁵ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.26.

¹⁰⁶ MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 Collected Courses (1998), p.226.

¹⁰⁷ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Padilla Nervo, p.97; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs, p.229; Caso do Sudoeste Africano, Libéria v. África do Sul, C.I.J. Rec. 1966, Opinião Dissente do Juiz Tanaka, p.291; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel, p.312; CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.59; ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional. Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.24; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “International Law in the Past Third of Century”, 159 Collected Courses (1978-I), p.30; WALDOCK, Humphrey. “General Course on Public International Law”, 106 Collected Courses (1962-II), pp.49-50; BROWNLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público,

regra do objeto persistente, que visa exonerar os Estados que objetaram uma regra costumeira ainda não formada das obrigações que essa regra criará aos Estados que não manifestaram essa mesma objeção¹⁰⁸. Essa forma específica de derrogação do costume se assenta na premissa de que não é cabível na atual ordem jurídica internacional um procedimento de formação de normas costumeiras no qual a maioria dos Estados ou uma minoria composta por países com interesse especial no costume em questão poderia impor obrigações consuetudinárias a um Estado contra a sua vontade expressa¹⁰⁹.

A regra do objeto persistente já foi reconhecida pela C.I.J. em dois julgamentos. O primeiro deles foi o *Caso do Direito de Asilo*, entre Colômbia e Peru. Nesse litígio, a Colômbia alegou, *inter alia*, que havia uma norma costumeira regional lhe garantindo o direito de unilateralmente qualificar os crimes cometidos pelos requerentes de asilo diplomático, com a finalidade de decidir se os pedidos de asilo seriam ou não deferidos¹¹⁰. A C.I.J. rejeitou a pretensão da Colômbia, afirmando que ela não foi capaz de provar a existência desse costume na América Latina¹¹¹. Além disso, a Corte concluiu que

[...] mesmo que se esse suposto costume de fato existisse entre os Estados latino-americanos, ele não poderia ser invocado em desfavor do Peru, que, ao invés de aceitar essa regra costumeira, inequivocadamente a repudiou ao abster-se de ratificar as convenções de Montevideú de 1933 e 1939, que foram os primeiros instrumentos legais a incluir uma regra referente à qualificação da infração cometida pelo requerente de asilo diplomático¹¹².

Outro julgamento no qual a C.I.J. acolheu a regra do objeto persistente é o *Caso das Pescarias*. Nesse processo, o Reino Unido contestou a legalidade de um decreto emitido pela Noruega reservando zonas pesqueiras no norte de seu território apenas para pescadores de nacionalidade norueguesa¹¹³. O Reino Unido alegou que, segundo o Direito Internacional costumeiro, essas zonas delimitadas pela Noruega não poderiam exceder 10 milhas náuticas, parâmetro que não foi respeitado pelo decreto norueguês¹¹⁴. Rejeitando a argumentação britânica, a C.I.J. apontou que essa

Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.22; AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, pp.23-27; MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 Collected Courses (1998), p.227.

¹⁰⁸ CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.59.

¹⁰⁹ SCHARF, Michael. “Accelerated Formation of Customary International Law”, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol.2, 2014, 305-342, p.317; CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.63-64.

¹¹⁰ Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, p.276-277.

¹¹¹ Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, p.277.

¹¹² Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, pp.277-278.

¹¹³ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, p.118.

¹¹⁴ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, p.130.

regra das 10 milhas não reflete o costume internacional¹¹⁵. Ainda que ela de fato tenha sido adotada na lei interna de certos Estados, em alguns tratados e também em laudos arbitrais, outros Estados empregaram limites diferentes. Conseqüentemente, a regra das 10 milhas sugerida pelo Reino Unido não adquiriu a autoridade de uma regra costumeira geral¹¹⁶. Por fim, a C.I.J. destacou que “[...] ainda que essa regra fosse um costume, ela não seria inaplicável à Noruega, que sempre se opôs a qualquer tentativa de aplicá-la à costa norueguesa”¹¹⁷.

Deve ficar claro que a figura do objeto persistente só se aplica se a objeção pelo Estado ocorreu ainda no processo de formação da norma costumeira¹¹⁸. A partir do momento que a norma consuetudinária geral se cristalizou, nenhum Estado pode assumir a posição de objeto persistente em relação a ela¹¹⁹. Portanto, esse instituto não beneficia Estados que surgiram depois que o costume já se formou ou os Estados que começaram a atuar tardiamente num certo ramo de atividades¹²⁰.

Além disso, a objeção deve ser persistente, de forma que os protestos devem ser mantidos e reiterados no decorrer do tempo¹²¹. O Estado que assume a posição de objeto persistente tem o ônus contínuo de demonstrar à comunidade internacional, de forma expressa e inequívoca, que permanece discordando daquela norma costumeira, sob pena de se vincular a ela por aquiescência¹²². Ademais, o Estado objeto possui a prerrogativa de abandonar a sua objeção a qualquer momento¹²³.

¹¹⁵ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, p.131.

¹¹⁶ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, p.131.

¹¹⁷ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, p.131.

¹¹⁸ CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.59 e 64-65; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Azevedo, p.336.

¹¹⁹ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.27; SCHARF, Michael. “Accelerated Formation of Customary International Law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.318.

¹²⁰ ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.27; SCHARF, Michael. “Accelerated Formation of Customary International Law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.318.

¹²¹ MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 *Collected Courses* (1998), p.241; CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.66-67.

¹²² MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, 272 *Collected Courses* (1998), p.241; CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.66-67.

¹²³ CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015, p.67.

E. O elemento subjetivo do costume: *opinio juris*

A *opinio juris* é o componente subjetivo do costume e se encontra presente quando os Estados fazem ou deixam de fazer uma certa conduta porque reconhecem que tinham a obrigação jurídica de agir daquela forma¹²⁴. Em outras palavras, os Estados devem comportar-se movidos pelo reconhecimento de que agiam de forma obrigatória devido à existência de uma norma jurídica internacional exigindo esse comportamento¹²⁵. A *opinio juris* representa, assim, um sentimento predominante de compulsão sobre os Estados, mas uma compulsão jurídica e não física¹²⁶. Evidências desse elemento do costume podem ser encontradas em: declarações por Estados expressamente afirmando que uma determinada prática é obrigatória;¹²⁷ pronunciamentos em conferências internacionais;¹²⁸ correspondências diplomáticas;¹²⁹ decisões judiciais

¹²⁴ Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, p.286; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.43-44; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Chagla, p.120; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla, p.370; Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.104 e 130; Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.306; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Moreno Quitana, p.90; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Wellington Koo, p.60; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Chagla, p.121; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Armand-Ugon, p.82.

¹²⁵ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44; Opinião Consultiva sobre Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Juiz Shahabuddeen, pp.423-424; Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, p.109; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Chagla, p.121; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec.1970, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.315.

¹²⁶ Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Chagla, p.120.

¹²⁷ Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.122-123; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla, p.367; Consequências Jurídicas para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança (1970), Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1971, Opinião Separada do Vice-Presidente Ammoun, p.74-75.

¹²⁸ Reservas à Convenção sobre o Genocídio, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1951, p.26; Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada dos Juizes Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh e Ruda, p.48; Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Bósnia e Herzegovina v.Sérvia e Montenegro, C.I.J. Rec.2007, Opinião Separada do Juiz Tomka, p.329.

¹²⁹ Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, pp.135-136; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec.1960, p.42; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec. 1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla, p.371.

de cortes internas;¹³⁰ protestos diplomáticos;¹³¹ pareceres de consultores jurídicos governamentais;¹³² memorandos internos por autoridades públicas;¹³³ conclusão e ratificação de tratados;¹³⁴ possibilidade de denunciar e propor reservas em tratados;¹³⁵ resoluções de conferências internacionais e de órgãos deliberativos de organizações internacionais, em especial a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas;¹³⁶ entre outros.

O elemento de *opinio juris* representa, então, um teste que visa diferenciar aquelas condutas que são juridicamente obrigatórias daquelas que não são; daquelas condutas estatais que efetivamente constituem costumes e as que não constituem¹³⁷. Isso demonstra que qualquer conduta estatal realizada por uma motivação que não seja o reconhecimento da sua obrigatoriedade jurídica não pode ser considerada expressão de *opinio juris* e, portanto, não pode criar normas consuetudinárias¹³⁸. Nesse prisma, se uma ação é executada por um Estado apenas por simples conveniência,

¹³⁰ Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012, p.135; Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Separada dos Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, p.76; Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Dissidente do Juiz Van den Wyngaert, pp.171-172.

¹³¹ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.60.

¹³² CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.61.

¹³³ Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla, p.372.

¹³⁴ Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla, p.370; Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, Opinião Individual do Juiz Alvarez, p.148.

¹³⁵ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun, p.42 e 130; Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec. 1974, Opinião Separada do Juiz Petré, p.305.

¹³⁶ Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, p.254-255; Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986, p. 99-101 e 133; Consequências Jurídicas para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança (1970), Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1971, Opinião Separada do Vice-Presidente Ammoun, p.79; Consequências Legais da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado, C.I.J. Rec.2004, Opinião Separada do Juiz Al-Khasawneh, p.235-236; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel, p.254-255 e 319-320; Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec.1974, Opinião Dissidente do Juiz Sir Garfield Barwick, p.435-436; Saara Ocidental, Opinião Consultiva, C.J.I. Rec.1975, Opinião Separada do Vice-Presidente Ammoun, p.99; Saara Ocidental, Opinião Consultiva, C.J.I. Rec.1975, Opinião Separada do Juiz Dillard, p.121; Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Juiz Weeramantry, p.532; Sudoeste Africano, Etiópia e Libéria v. África do Sul, C.I.J. Rec.1966, Opinião Dissidente do Juiz Tanaka, p.292.

¹³⁷ SCHARF, Michael. "Accelerated Formation of Customary International Law", ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol.2, 2014, 305-342, p.322.

¹³⁸ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.46-47.

cortesia, boa vizinhança, tradição, tolerância recíproca ou motivações políticas, sociais e econômicas, essa prática dificilmente gozará de força costumeira¹³⁹. Contudo, uma prática constituirá uma regra consuetudinária internacional ainda que tenha uma ou mais de uma dessas motivações, desde que também tenha a vinculância jurídica como elemento motivador dessa prática. Isso revela que certas normas do costume, apesar de impregnadas por elementos políticos, continuam operando como normas jurídicas internacionais.

Importante destacar também que a *opinio juris* não deve ser vista como um elemento estritamente psicológico ou mental¹⁴⁰. Não podemos nos esquecer que os Estados são instituições coletivas abstratas, não possuindo, portanto, uma mente pensante própria. Além disso, o processo decisório no âmbito dos governos é normalmente secreto, fato que nos impede de saber o que as autoridades estatais verdadeiramente pensam, mas apenas o que elas dizem que pensam¹⁴¹. Assim, a *opinio juris* não deve ser entendida como um estado mental (*state of mind*) dos Estados, mas sim como as posições assumidas publicamente por eles¹⁴². A essência da *opinio juris* são as declarações públicas dos Estados e não as suas crenças psicológicas ou mentais¹⁴³.

O elemento da *opinio juris* também é relevante face comportamentos omissivos dos Estados e não apenas comportamentos comissivos¹⁴⁴. Com isso, a omissão só se torna evidência relevante de um costume se o Estado reconheceu que tinha o dever legal

¹³⁹ Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, p.44; Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, pp.285-286; Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, Objeções Preliminares, C.I.J. Rec. 1957, Opinião Dissidente do Juiz Chagla, p.117; Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec. 1974, Opinião Separada do Juiz Petrán, p.305; Caso sobre os Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos, França v. Estados Unidos, C.I.J. Rec. 1952, Opinião Dissidente do Juizes Hackworth, Badawi, Levi Carneiro e Benegal Rau, p.221; Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Dissidente do Juiz Van den Wyngaert, p.145; Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J., Rec.1985, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Sette-Câmara, p.69.

¹⁴⁰ MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 Collected Courses (1998), p.269-270; AKEHURST, Michael. "Custom as a Source of International Law", B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.36.

¹⁴¹ VIRALLY, Michel. "The Sources of International Law", p.133-134. In SØRENSEN, Max (ed.), Manual of Public International Law, London: Macmillan, 1968; D'AMATO, Anthony. The Concept of Custom in International Law, London: Cornell University Press, 1971, p.35-39; MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 Collected Courses (1998), p.269-270.

¹⁴² MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 Collected Courses (1998), p.269-270; AKEHURST, Michael. "Custom as a Source of International Law", B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.36.

¹⁴³ AKEHURST, Michael. "Custom as a Source of International Law", B.Y.I.L., Vol.47, no.1, 1975, 1-53, p.36-37.

¹⁴⁴ Interpretação dos Tratados de Paz com a Bulgária, Hungria e Romênia, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1950, Opinião Dissidente do Juiz Read, p.242; CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.69; MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 Collected Courses (1998), p.273-174.

de se abster daquele comportamento¹⁴⁵. O *Caso S. S. Lotus* ilustra esse entendimento muito bem. Nesse litígio, a França argumentou que a inexistência de processos judiciais contra capitães de embarcações envolvidas em colisões no alto-mar por Estados que não sejam o Estado da bandeira do navio indica que há um costume internacional exigindo que somente o Estado da bandeira pode julgar e condenar o capitão envolvido na colisão. A C.P.J.I. rejeitou esse argumento, sob a alegação de que apesar dos Estados de fato se absterem de julgar criminalmente os capitães de embarcações envolvidas em colisões no alto mar, eles o faziam sem qualquer consciência que estavam legalmente compelidos a se abster dessa conduta¹⁴⁶. A C.P.J.I. concluiu que “apenas se uma abstenção for executada com base na consciência de um dever de se abster é possível falar em um costume internacional”¹⁴⁷.

Pelo exposto, a *opinio juris* se revela um elemento indispensável para a formação do costume internacional. Sem ele, as condutas reiteradas dos Estados não possuem força jurídica. Também se demonstrou que é descabido definir a *opinio juris* como um elemento psicológico estatal, precisamente porque é impossível extrair estados mentais dos Estados. Assim, a *opinio juris* deve ser evidenciada por meio das declarações públicas dos Estados, nas quais eles indicam quais condutas gozam de juridicidade.

CONCLUSÃO

Apesar do processo de institucionalização e codificação do Direito Internacional, esse sistema normativo ainda possui o costume como uma fonte muito importante. As normas consuetudinárias, apesar de sua origem antiquíssima, não se mostraram inertes às variadas transformações na sociedade internacional, de forma que seus dois elementos constitutivos (a prática estatal e a *opinio juris*) se adequaram às novas realidades. O presente trabalho se prestou a trazer alguns elementos a serem considerados na identificação das normas costumeiras na atualidade. Demonstrou-se, por exemplo, que o costume pode surgir de forma ágil e sem necessitar do consentimento individual de todos os Estados existentes. Também indicou-se que a *opinio juris* pode ser evidenciada no trabalho de organizações internacionais, especialmente as Nações Unidas, já que essa organização reúne todos os Estados e discute numerosas questões relevantes ao sistema normativo internacional. Assim, o estudo aqui realizado demonstra que o costume internacional não é estático, se revelando uma importante ferramenta para regular atividades e certos aspectos do Direito que os Estados não possuem a vontade política de disciplinar via tratados.

¹⁴⁵ CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014, p.69.

¹⁴⁶ Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, p.28.

¹⁴⁷ Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, p.28.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos

ABI-SAAB, Georges. “Fragmentation or unification: some concluding remarks”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, 919-933.

AKEHURST, Michael. “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol.47, no.1, 1975, 1-53.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. “Fundamentos da existência e validade do Direito Internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p.366-403, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

D’AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*, London: Cornell University Press, 1971.

DÖRR, Oliver e SCHMALENBACH, Kirsten (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin: Springer, 2012.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “International Law in the Past Third of Century”, 159 *Collected Courses (1978-I)*.

LAGE, Délber Andrade Gribel. *A Jurisdicionalização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MENDELSON, Maurice. “The Formation of Customary International Law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol.272, 1998.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*, São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMANO, Cesare. “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, 709-751.

ROMANO, Cesare. “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent”, *International Law and Politics*, Nova York, Vol. 39, p.791-872, 2007.

SCHARF, Michael. “Accelerated Formation of Customary International Law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.2, 2014, 305-342, p.322.

SHAW, Malcolm. *International Law*, 6ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SIMMA, Bruno e PULKOWSKI, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, No.3, 2006, 483–529.

VIRALLY, Michel. “The Sources of International Law”. In SØRENSEN, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, London: Macmillan, 1968.

WALDOCK, Humphrey. “General Course on Public International Law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol.106, 1962.

Decisões judiciais e arbitrais e opiniões individuais de juízes

Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro, C.I.J. Rec.2007.

Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Bósnia e Herzegovina v. Serbia e Montenegro, C.I.J. Rec.2007, Opinião Separada do Juiz Tomka.

Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Croácia v. Sérvia, C.I.J. Rec.2015.

Arbitragem sobre Aguilar-Amory e o Banco Real do Canadá (Caso Tinoco), Reino Unido v. Costa Rica, R.I.A.A., Vol.I, 18 de outubro de 1923.

Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951.

Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, Opinião Dissidente do Juiz Sir Arnold McNair.

Caso das Pescarias, Reino Unido v. Noruega, C.I.J. Rec.1951, Opinião Individual do Juiz Alvarez.

Caso das Usinas de Celulose no Rio Uruguai, Argentina v. Uruguai, C.I.J., Rec.2010.

Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950.

Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Azevedo.

Caso do Direito de Asilo, Colômbia v. Peru, C.I.J. Rec.1950, Opinião Dissidente do Juiz Caicedo Castilla.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Chagla.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Sir Percy Spender.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Armand-Ugon.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Chagla.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Moreno Quitana.

Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Portugal v. Índia, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Separada do Juiz Wellington Koo.

Caso do Sudoeste Africano, Etiópia e Libéria v. África do Sul, C.I.J. Rec. 1966, Opinião Dissidente do Juiz Tanaka.

Caso Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala, C.I.J. Rec.1955.

Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10.

Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz M. Loder.

Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz M. Weiss.

Caso S. S. Lotus, França v. Turquia, C.P.J.I., Rec.1927, Série A, nº 10, Opinião Dissidente do Juiz Nyholm.

Caso sobre a Decisão Arbitral emitida pelo Rei de Espanha em 23 de dezembro de 1906, Honduras v. Nicarágua, C.I.J. Rec. 1960, Opinião Dissidente do Juiz Urrutia Holguín.

Caso sobre as Atividades Militares e Paramilitares dentro e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, C.I.J. Rec.1986.

Caso sobre Avena e Outros Nacionais Mexicanos, México v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.2004.

Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Dissidente do Juiz Van den Wyngaert.

Caso sobre o Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec.2002, Opinião Separada dos Juizes Higgins, Kooijmans e Buergenthal.

Caso sobre os Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos, França v. Estados Unidos da América, C.I.J. Rec.1952, Opinião Dissidente dos Juizes Hackworth, Badawi, Levi Carneiro e Sir Benegal Rau.

Certos interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa, Alemanha v. Polônia, C.P.J.I., Rec.1926, Série A, nº 7.

Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Dissidente do Juiz Riphagen.

Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Ammoun.

Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1970, Opinião Separada do Juiz Jessup.

Companhia de Luz e Força Barcelona Traction, Bélgica v. Espanha, C.I.J. Rec. 1964, Opinião Separada do Vice-Presidente Wellington Koo.

Consequências Jurídicas para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança (1970), Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1971, Opinião Separada do Vice-Presidente Ammoun.

Consequências Legais da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado, C.I.J. Rec.2004.

Consequências Legais da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado, C.I.J. Rec.2004, Opinião Separada do Juiz Al-Khasawneh.

Disputa relativa à Direitos de Navegação e Outros Direitos Correlatos, Costa Rica v. Nicarágua, C.I.J. Rec.2009, Opinião Separada do Juiz Sepúlveda-Amor.

Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, C.I.J. Rec. 2012.

Interpretação dos Tratados de Paz com a Bulgária, Hungria e Romênia, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1950, Opinião Dissidente do Juiz Read.

Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974.

Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1973, Opinião Dissidente do Juiz Padilla Nervo.

Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz De Castro.

Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada do Juiz Dillard.

Jurisdição sobre Pescas, Reino Unido v. Islândia, C.I.J. Rec.1974, Opinião Separada dos Juízes Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh e Ruda.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Juiz Shahabuddeen.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Juiz Weeramantry.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Dissidente do Vice-Presidente Schwebel.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Separada do Juiz Guillaume.

Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec.1996, Opinião Separada do Juiz Ranjeva.

Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec. 2000.

Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000, República Democrática do Congo v. Bélgica, C.I.J. Rec. 2000, Opinião Separada dos Juizes Higgins, Kooijmans e Buerghenthal.

Opinião Consultiva sobre a Competência da Comissão Europeia do Danúbio entre Galati e Braila, C.P.J.I. Rec. 1927, Opinião Dissidente do Juiz Negulesco.

Opinião Consultiva sobre os Colonos Alemães na Polônia, C.P.J.I., Rec.1923, Série B, nº 6.

Plataforma Continental, Tunísia v. Líbia, C.I.J. Rec.1982.

Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J. Rec.1985.

Plataforma Continental, Líbia v. Malta, C.I.J., Rec.1985, Opinião Separada do Vice-Presidente Sette-Camara.

Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969.

Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Dissidente do Juiz Lachs.

Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Ammoun.

Plataforma Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos, C.I.J. Rec. 1969, Opinião Separada do Juiz Padilla Nervo.

Procurador v Sam Hinga Norman, Decisão sobre a Moção Referente à Falta de Jurisdição (Recrutamento de Crianças), Tribunal Especial de Serra Leoa, Câmara de Recursos, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de maio de 2004.

Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, Hungria v. Eslováquia, C.I.J. Rec. 1997.

Questão da Delimitação da Plataforma Continental entre a Nicarágua e a Colômbia

Além das 200 Milhas Náuticas a Partir da Costa da Nicarágua, Nicarágua v. Colômbia, C.I.J. Rec.2016.

Reservas à Convenção sobre o Genocídio, Opinião Consultiva, C.I.J. Rec. 1951.

Saara Ocidental, Opinião Consultiva, C.J.I. Rec.1975, Opinião Separada do Vice-Presidente Ammoun.

Saara Ocidental, Opinião Consultiva, C.J.I. Rec.1975, Opinião Separada do Juiz Dillard.

Supostas Violações de Direitos Soberanos e Espaços Marítimas no Mar do Caribe, Nicarágua v. Colômbia, C.I.J. Rec.2016.

Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec.1974, Opinião Dissidente do Juiz Sir Garfield Barwick.

Timor Leste, Portugal v. Austrália, C.I.J. Rec.1995, Opinião Dissidente do Juiz Weeramantry.

Testes Nucleares, Austrália v. França, C.J.I. Rec. 1974, Opinião Separada do Juiz Petrén.

Tratados e outros documentos

ASSOCIAÇÃO DE Direito Internacional, Relatório Final do Comitê sobre os Princípios aplicáveis à Formação do Direito Consuetudinário Internacional, Relator Rein Mullerson, Conferência de Londres, 2000, p.23-24.

CDI, Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, Relator Especial Martti Koskenniemi, UNDoc.A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

CDI, Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, UNDoc.A/56/10, Anuário da Comissão de Direito Internacional, Vol. II, Parte II, 2001.

CDI, Segundo Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/672, 22 de maio de 2014.

CDI, Terceiro Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Relator Especial Michael Wood, UNDoc.A/CN.4/682, 27 de março de 2015.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23 de maio de 1969, Decreto no. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Estatuto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas no. 174 (II), 21 de novembro de 1947.

Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 26 de junho de 1945, Decreto no. 19.841, de 22 de outubro de 1945.