

**A COMPOSIÇÃO DO MOSAICO:
ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS
SOBRE A IDENTIFICAÇÃO DA
NORMA CONSUECUDINÁRIA NO
DIREITO INTERNACIONAL**

André Lipp Pinto Basto Lupi*
Universidad do Vale de Itajaí

Fecha de recepción: 15 septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2009

Resumo

Este trabalho apresenta as múltiplas orientações oferecidas pela doutrina especializada no Direito Internacional para identificação do costume internacional, com a finalidade de demonstrar a transformação do processo de definição do costume em uma atividade prática e tecnicamente dirigida. Com isso, espera-se contribuir para o maior uso de normas costumeiras por acadêmicos, advogados e juízes.

Palavras-chave

Costume internacional; prática; *opinio juris*.

**ORIENTACIONES DOCTRINARIAS
SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE
NORMAS CONSUECUDINARIAS Y
DERECHO INTERNACIONAL**

Resumen

Este trabajo presenta las múltiples orientaciones ofrecidas por la doctrina especializada en

* Doctor en Derecho Internacional de la Universidad de Sao Paulo, con estudios doctorales Instituto de Altos estudios Internacionales de Ginebra, Suiza; Magister en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina; Profesor de la Universidad do Vale de Itajaí, en programas de Maestría y Doctorado en ciencias Jurídicas y de pregrado en derecho y relaciones internacionales. Miembro de American Society of International Law (ASIL) y del Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL). Abogado, especializado en Propiedad Intelectual, Contratos y derecho Internacional.

Derecho Internacional para la identificación de la costumbre internacional, con la finalidad de demostrar la transformación del proceso de definición de la costumbre en una actividad práctica y técnicamente dirigida. Con eso, se quiere contribuir para incrementar el uso de normas consuetudinarias por académicos, abogados y jueces.

Palabras clave

Costumbre internacional; práctica; *opinio juris*.

Abstract

This article describes several guidelines found in International Law doctrine to identify international custom. That description is able to demonstrate how this process became a technically oriented activity. It can also contribute to increase references to international custom from practitioners and researchers.

Keywords

International custom; practice; *opinio juris*.

1. INTRODUÇÃO

O costume é um dos temas centrais da Teoria do Direito Internacional. Fonte de importância na prática judiciária e das relações internacionais, destaca-se por sua abrangência. Com efeito, o costume pode ser e é, no mais das vezes, fonte do Direito Internacional Geral, isto é, daquele Direito obrigatório para todos os sujeitos de Direito Internacional. Afirma-se que o costume fornece a base mínima do Direito Internacional, embora não se restrinja a oferecer normas de conteúdo amplo e geral¹.

Nos países adeptos do sistema de predominância da lei dentre as fontes do Direito, como o

¹ Sobre costume especial, vide D'AMATO, Anthony A. The Concept of Special Custom in International Law. *The American Journal of International Law*, v. 63, n. 2, abr. 1969. p. 212-213, artigo em que o autor explica que o costume especial é aquele que se circunscreve a alguns Estados ou a direitos sobre porções específicas de soberania territorial.

Brasil, a doutrina revela certas dificuldades para definição do costume e não seria errado dizer que até o despreza, se se considera a atenção que recebeu da bibliografia especializada. Sem embargo das considerações aqui feitas sobre a experiência brasileira, crê-se que elas sejam aplicáveis a países de organização e matriz cultural muito similares, como a Colômbia e outros países latino-americanos. Ademais, as constatações de cunho nacional não afetam a substância deste artigo, cuja base é o Direito Internacional na forma aplicada pelas mais variadas nações do mundo. Elas se dirigem apenas a justificar uma maior atenção ao costume, como fonte do Direito Internacional Público, igualmente aplicável pelos tribunais nacionais.

Nos manuais de Direito Internacional Público, o costume figura entre suas fontes. Contudo, valendo-se de alguns exemplos a mais ou a menos, o que a maior parte dos manuais afirma resume-se a um conjunto bastante limitado de observações, que poderia ser assim sintetizado: a) o costume se forma pela soma de dois elementos, um objetivo, a prática geral, e outro subjetivo, a *opinio juris*; b) a prática compõe-se de atos dos Estados e das Organizações Internacionais; c) a *opinio juris* diferencia o costume do uso, que não é obrigatório; d) a prova da norma costumeira incumbe a quem a alega em seu favor.

É certo que há estudos monográficos sobre o assunto. No Brasil, por exemplo, estão os de Ielbo Lobo de Souza² e Luiz Cezar Pereira.³ Contudo, pouco há além de tais obras, que figuram um tanto isoladas nas estantes das bibliotecas do país. Agregue-se a isso a

observação de que se valem mais de doutrina estrangeira do que nacional, revelando a falta de fontes bibliográficas nacionais sobre o assunto.

Causa e consequência dessa menor produção literária, o costume tem aplicação efêmera nos tribunais nacionais. Quando se empreende levantamento jurisprudencial acerca do Direito Internacional, raríssimas são as decisões embasadas no costume. Esta é uma constatação importante, mas que causa alguma estranheza. Com a falta de participação do Brasil em tratados sobre tópicos importantes do Direito Internacional, estes permanecem regulados, para o Brasil, pelo costume, como imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, responsabilidade dos Estados e sucessão de Estados. Ainda assim, os tribunais brasileiros demonstram certa hesitação na aplicação do costume como fundamento normativo para a decisão.

Um motivo menos peculiar ao Brasil para a fraca aparição do costume internacional nas páginas dos diários judiciais liga-se à sua imprecisão. As normas consuetudinárias têm que ser provadas por quem as invoca; a parte contrária pode trazer provas contrárias para negar a existência da norma. Somente a possibilidade de se por em questão a existência da norma, antes mesmo de conhecer seus exatos contornos e discutir a subsunção dos fatos da causa à hipótese normativa nela contida, já faz reluzir o sinal da indeterminação. Porém, nada indica que a indeterminação do costume internacional seja uma exclusividade dessa fonte específica. A própria estrutura do discurso jurídico internacional está envolta em indeterminação⁴.

² SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Direito Internacional Costumeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 31.

³ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴ Vide, principalmente: KENNEDY, David. Theses About International Law Discourse. German Yearbook of International Law, n. 23, p. 353-389, 1980. KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: The Structure of the International Legal Argument. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2005.

A intenção deste artigo não é aprofundar os questionamentos sobre a indeterminação do direito consuetudinário. Isto foi feito noutra lugar.⁵ E lá, verá o leitor, há expansão do argumento para outras estruturas argumentativas igualmente indeterminadas no Direito Internacional (e do Direito em geral). Aqui o objetivo é dogmático, pois se quer reunir as orientações doutrinárias sobre a identificação do costume, a fim de servir a um propósito concreto, a percepção de sua maior aplicabilidade por tribunais nacionais. A tarefa empreendida pode ser vista como uma catalogação de *topoi*, de lugares-comuns acerca do costume, úteis ao seu uso na prática jurídica, em especial na judiciária.

Em sua acepção dogmática corrente, o costume envolve uma tarefa de coleta de provas, de amalgamá-las em um todo coerente e delas extrair conteúdos normativos. Dos atos da prática dos Estados e das Organizações Internacionais forma o intérprete um mosaico. Por sua indeterminação, não se exagera ao dizer que a obra final tenha algo de expressionista ou de abstrata, necessitando um crítico experiente para a ela atribuir significado. O labor dogmático para a identificação do costume requer: o conhecimento da moldura, ou arcabouço elementar do costume, associado à “doutrina dos dois elementos” (tópico 2); a identificação das peças utilizáveis, isto é, dos precedentes aptos a provar o costume (tópico 3); a depuração das peças catalogadas, desprezando as inservíveis, mediante processos de reconhecimento de características importantes nos precedentes encontrados (tópico 4); a avaliação sobre o conjunto do mosaico, para determinar se os precedentes reunidos são suficientes para evidenciar a existência de uma norma costumeira válida (tópico 5).

⁵ **LUPI**, André L. P. B. Os Métodos do Direito Internacional. São Paulo: Lex, 2007.

2. OS DOIS ELEMENTOS: PRÁTICA E OPINIO JURIS

A própria definição do costume, contida no artigo 38.1.b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, afirma ser ele derivado da soma de dois elementos. Assim está redigido o dispositivo na tradução oficial em língua portuguesa: “A Corte (...) aplicará: (...) b) o costume internacional como prova de uma *prática geral aceita como sendo o direito*”. Em itálico grifamos o elemento objetivo, aquele que pode ser colacionado aos autos depois de investigação empírica, de coleta de atos da prática probantes do costume invocado. Sublinhamos o elemento subjetivo, que remete à vontade dos sujeitos de Direito Internacional, à sua convicção acerca da obrigatoriedade daquele hábito provado pelos atos da prática. Este segundo elemento diferencia o uso do costume, o trivial não-obrigatório do costume jurídico, impositivo.⁶

⁶ **MELLO**, Celso. Curso de Direito Internacional Público. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 179; **DINH**, Nguyen Quoc; **DAILLIER**, Patrick; **PELLET**, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 200; **SOARES**, Guido F. S. Curso de Direito Internacional Público. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002. p. 82; **VERDROSS**, Alfred. Derecho Internacional Público. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1976. p. 124; **MIAJA DE LA MUELA**, Adolfo. Introducción al Derecho Internacional Público. 6. ed. Madrid: Atlas, 1974. p. 106; **KUNZ**, Josef. The Nature of Customary International Law. The American Journal of International Law, v. 47, n. 4, p. 662-669, out. 1953. p. 665; **HAGGENMACHER**, Peter. La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. Revue Générale de Droit International Public, t. LXXXX, p. 5-125, 1986. p. 7; **VIRALLY**, Michel. Fuentes del Derecho Internacional. In: **SØRENSEN**, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 163; **PEREIRA**, Luis Cezar Ramos. Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214-219. Mesmo D’Amato, que propõe a substituição do elemento subjetivo tradicional pelo conceito de “articulação” atribui a este apenas a mesma função de distinguir o direito do mero uso. **D’AMATO**, Anthony A. The Concept of Custom in International Law. Ithaca: Cornell University, 1971. p. 48-49, 76 e 271.

Os dois elementos têm uma relação de mútua complementaridade. Seguidamente, a prova de um é a prova do outro. A convicção de um Estado de que uma norma é obrigatória pode estar contida numa lei do país, documento que também é prova da prática. A doutrina indica que há um balanço entre os dois elementos. A maior presença de um dispensa maior atenção ao outro. Normas de forte carga valorativa, apoiadas em axiomas de amplo consenso, dispensam prova mais robusta da prática. Por outro lado, quando muitos são os atos da prática confirmatórios do costume, menor esforço se requer para demonstração da convicção de obrigatoriedade. A esse balanço Kirgis denominou de “Escala Flexível” (*Sliding Scale*)⁷.

Por essa íntima correlação, as provas estão imbricadas⁸. O investigador de uma norma costumeira deverá submeter-se à tarefa de coleta dos dados da prática para encontrar também a *opinio juris*.

3. À BUSCA DA PRÁTICA

O início da pesquisa sobre a existência de uma norma costumeira parte sempre dos repertórios publicados da prática dos Estados e das Organizações Internacionais. Isto porque hoje é assente que apenas estas entidades, dotadas de personalidade jurídica plena de Direito Internacional, podem criar atos dignos de atenção para a formação do costume. Empresas, indivíduos e organizações não-governamentais não têm esse poder⁹.

Tais repertórios são privilégio de um grupo restrito de países e organizações, atentos à possibilidade de influenciarem a identificação de normas consuetudinárias por seus próprios atos que, uma vez publicados, tornam-se acessíveis e suscetíveis de serem citados como provas de uma orientação geral¹⁰. O Brasil tem seu próprio repertório, graças ao trabalho de Antônio Augusto Cançado Trindade¹¹. No passado,

rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993. p. 58; COT, Jean-Pierre. La conduite subséquente des parties a un traité. *Revue Générale de Droit International Public*, t. XXXVII, n. 3, juil.-sept. 1966. p. 665. BERNHARDT, Rudolf. Customary International Law. In: _____ (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: Elsevir, 1992, v. I, p. 900. VIRALLY, Michel. Fuentes del Derecho Internacional. In: SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 168. No Brasil, posição semelhante é a de REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, n. 69, jan.-mar., 1981. p. 126-127. Casos relevantes da jurisprudência em que o tema foi debatido são: CIJ. Plateau Continental de la Mer du Nord. Arrêt du 20 février 1969. Opinião dissidente do juiz Ammoun *Recueil*, 1969, p. 128e ICJ, *Pleadings*, 1968, v. II, p. 58-61. ARBITRATION TRIBUNAL. Award in the Matter of an Arbitration Between Kuwait and Aminoil. Paul Reuter (President). March 24, 1982. In: *International Legal Materials*, v. XXI, n. 5, 1982. p. 1032-1037. INTÉRPRETATION de l'Accord Aérien (France-États Unis). Sentence arbitrale du 22 décembre 1963. Roberto Ago (Président). *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXIX, n. 1, jan.-mars 1965. p. 253.

⁷ KIRGIS Jr., Frederic L. Custom on a Sliding Scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, n.1, p. 146-151, jan. 1987.

⁸ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. La costumbre como fuente del derecho internacional. In: ESTUDIOS de derecho internacional - homenaje al Professor Miaja de la Muela. Madrid: Tecnos, 1979. p. 391-392.

⁹ Cf. *v.g.*, AKEHURST, Michael. Custom as a Source of International Law. *British Yearbook Of International Law*. Oxford, n. 47, 1974-1975, p. 11; WOLFKE, Karol. Custom in present International Law. 2. ed.

¹⁰ V. *p.ex.*, SOCIETÁ Italiana per l'Organizzazione Internazionale; CONSIGLIO Nazionale delle Ricerche. *La Prassi Italiana dei Diritto Internazionale*. Prima serie, v. I. New York: Oceana, 1970. LEISH, Marian Nash. *Digest of United States Practice in International Law*. Washington: Department of State, 1989; NATIONS UNIES. Documents concernant la succession d'États. Doc. ST/LEG./SER.B/14, 1967; UNITED NATIONS. *UN Juridical Yearbook*. ST/LEG./SER. C (/36, *v.g.*). New York: UN, 2005.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (1961-1981)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.

contribuições importantes também foram legadas por Rubens Ferreira de Mello¹² e Antônio Pereira Pinto¹³.

As coletâneas listam atos internos dos Estados, atos da diplomacia e atos das organizações internacionais.

Os **atos internos** podem advir dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário.¹⁴ Atos do poder executivo são os mais abundantes e variados. Desde os atos de controle efetivo do território, policiamento de fronteira, tolerância à passagem inocente de navios comerciais estrangeiros, expulsão de estrangeiros, à nacionalização de empresas (com os correspondentes critérios de indenização), todos contam para demonstrar a posição do Estado em relação a certa norma costumeira.

Os atos legislativos ocupam um papel destacado entre os precedentes da prática dos Estados, pois por suas leis o Estado adota posições sobre o Direito Internacional e sua aplicação, sobretudo quando precisa incorporar tratados que exigem regulamentação.¹⁵ Os debates parlamentares despertam algum interesse, quando

revelam posições diferentes das do governo (se o parlamento tiver essa autonomia), seja nas discussões sobre incorporação ou autorização para firmar atos internacionais, seja nos atos de controle da ação do executivo.

Decisões judiciais nacionais são atos bastante relevantes hoje em dia para a prova do costume. Para tanto, exige-se da jurisprudência estrangeira que seja atual, revelando a última e prevalecte posição dos tribunais do país¹⁶. O recurso a precedentes de outros tribunais tem sido recorrente, chamando atenção de pesquisadores sobre esse fenômeno de comunicação transjudicial¹⁷. Quando invocados para provar posições dos demais Estados sobre a matéria, os precedentes servem ao costume.

Em relação aos **atos diplomáticos**, devido à sua abrangência, tão-somente uma lista exemplificativa pode ser oferecida. Nela, são presenças obrigatórias atos de reconhecimento de Estados e governos¹⁸, a concessão de asilo diplomático na América Latina¹⁹, a correspondência diplo-

¹² **MELLO**, Rubens Ferreira de. *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Fº, 1950.

¹³ **PINTO**, Antonio Pereira. *Apontamentos para o Direito Internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia., 1864.

¹⁴ **PARRY**, Clive. *The Practice of States*. Transactions of the Grotius Society. London, v. 44, 1958-1959. p. 169-172. **AKEHURST**, Michael. *Introdução ao Direito Internacional*. Trad. Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985. p. 32; **SCHWARZENBERGER**, Georg. *A Manual of International Law*. 5. ed. London: Stevens & Sons, 1967. p. 26.

¹⁵ Cf. **TRIEPEL**, C. H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. I, p. 77-119, 1923-I. p. 95-97; tb. **JACKSON**, John. *Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis*. *American Journal of International Law*, n. 86, 1992, p. 310-340.

¹⁶ CPJI. *Affaire du "Lotus"*. Recueil des décisions. Série A, n. 10. Arrêt du 7 septembre 1927. p. 30.

¹⁷ **SLAUGHTER**, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-139, 1994-1995.

¹⁸ Neste sentido, veja-se a nota do governo brasileiro à legação egípcia, explicando o entendimento sobre a natureza declaratória do reconhecimento do governo israelense pelo Brasil em 1949. **CANÇADO TRINDADE**, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p. 101-102.

¹⁹ CIJ. *Affaire du droit d'asile*. Arrêt du 20 novembre 1950. Cf., nessa senda, o relatório da delegação brasileira para a conferência internacional dedicada ao assunto. **CANÇADO TRINDADE**, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (1941-1960)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p. 240-244. A Convenção sobre Asilo Diplomático de 1954 (posterior ao caso *Haya de la Torre*) atribui ao asilante o direito de qualificar a natureza do delito (artigo IV). A Convenção foi promulgada pelo Decreto 55.929, de 14.04.1965. In: **RANGEL**, V. M. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 669-674.

mática²⁰, consistente em ofícios, cartas e notas diplomáticas²¹, as instruções governamentais para os seus agentes²² e os pareceres dos consultores jurídicos²³.

Os próprios **tratados internacionais** podem provar o costume²⁴. A relação entre as duas fontes é de mútua complementaridade. A codificação não apaga a força normativa do costume, que permanece vivo, subjacente à regulação do direito convencional. Assim determina o

artigo 38 da CVDT²⁵, justificando a corriqueira expressão contida no preâmbulo de tratados de codificação quanto à preservação do costume²⁶. Percebe-se, pois, que se há disputa sobre os contornos de uma norma codificada, tal como o direito à legítima defesa, consagrado no artigo 51 da Carta da ONU, existe a possibilidade de argumentar que o costume permanece vigente paralelamente ao tratado (no caso, a Carta da ONU). Em algumas situações, isso abre espaço para contestar a normatividade da disposição convencional com base no costume. O exemplo do artigo 51 amolda-se perfeitamente à compreensão deste ponto, pois foi a legítima defesa como direito inerente, de contornos consuetudinários, que serviu de base para justificar seu uso preventivo, algo que a exegese mais ortodoxa do texto da Carta não autoriza²⁷.

Uma outra relação íntima entre tratados e costume advém da prática das Partes de um tratado posterior à sua adoção. Neste caso, o tratado cria normas que passam a gerar comportamentos concretos, baseados na interpretação que as Partes fazem do conteúdo de tais normas. A **prática subsequente** das partes de um tratado

²⁰ O texto do estatuto da Comissão de Direito Internacional da ONU, encarregada de promover a codificação do costume, inclui a correspondência entre os atos da prática: “19.2 *The Commission shall, through the Secretary-General, address to Governments a detailed request to furnish the texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to the topic being studied and which the Commission deems necessary.*”

²¹ Por exemplo: CIJ. *Affaire des Pêcheries*. Arrêt du 18 décembre 1951. p. 23-24. A Corte vale-se da correspondência diplomática de 1870 entre Noruega e França sobre o problema do método de contagem das linhas de base. A resposta deixa claro que a Noruega não concorda com uma linha que acompanhe toda a costa.

²² **DOUTRINA ESTRADA**. In: **MELLO**, Rubens Ferreira de. *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Fº, 1950. p. 487-488.

²³ Vide, v.g., **VERDROSS**, Alfred. *Derecho Internacional*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1976. p. 127; **ROUSSEAU**, Charles. *Droit International Public*. Paris: Recueil Sirey, 1953. p. 66-67. No Brasil, os pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty estão devidamente compendiados e publicados. **MEDEIROS**, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado, 2000. 9 v.

²⁴ A possibilidade do entrecruzamento de tratados e costume já havia sido vislumbrada por **CORBETT**, P. E. *The consent of States and the Sources of the Law of Nations*. *British Yearbook of International Law*, v. 6, p. 20-30, 1925. Depois do julgamento de *Plataforma Continental do Mar do Norte*, **Baxter** e **D'Amato** debateram o tema. **BAXTER**, Richard. *Treaties and Custom*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 129, p. 25-105, 1970-I; **D'AMATO**, Anthony A. *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca: Cornell University, 1971. p. 103-163.

²⁵ A própria Convenção de Viena reconhece essa situação: “Artigo 38 - Regras de um tratado tornadas obrigatórias para terceiros Estados por força do costume internacional. Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra costumeira de direito internacional, reconhecida como tal.” **RANGEL**, V. M. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 335.

²⁶ Neste sentido, determina o próprio preâmbulo da referida Convenção sobre Direito dos Tratados: “O costume continuará a reger as questões não reguladas pela Convenção.” Preâmbulo, último parágrafo. Cf. tb. *Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar*, preâmbulo, último parágrafo; e *NATIONS UNIES. Convention sur les immunités jurisdictionnelles des États et de leurs biens*. New York, le 17 janvier 2005, último parágrafo do preâmbulo. Disponível em: <http://untreaty.un.org>. Acesso em 10 de junho de 2006.

²⁷ **LUPI**, André L. P. B. *A Guerra do Golfo: Legalidade e Legitimidade*. *Novos Estudos Jurídicos*, v.10, p.513 - 536, 2005.

interpretá-lo ou até modificá-lo²⁸. Essa prática posterior, que deve ser demonstrada como qualquer norma consuetudinária, serve de prova da interpretação prevalecente das Partes de um tratado. Neste caso, não é o tratado que serve base à identificação do costume; é a prática que conforma o sentido da interpretação e aplicação do tratado. Trata-se de um costume bem particular, limitado às partes do tratado e à sua conduta posterior à conclusão da avença.

A conduta subsequente pode servir para interpretar a vontade inicial das partes, como método subsidiário, equivalente aos trabalhos preparatórios;²⁹ pode, quando já fora do contexto inicial, criar a presunção de que corresponde àquela vontade, embora seja uma presunção relativa e menos importante do que os trabalhos preparatórios; pode, ainda, fixar os objetivos do tratado, guiando com referências objetivas a interpretação teleológica³⁰.

De outra sorte, a prática subsequente pode criar obrigações de três formas: a) pela assunção da validade do compromisso, sanando uma nulidade argüível³¹; b) pela invocação das cláusulas num certo sentido (*estoppel*) com concordância ou ausência de protesto da outra parte (aquiescência)³²; c) pela modificação do acordo inicial, aprofundando os compromissos ou mesmo derogando-os (CVDT, 31.3.b)³³.

Para este artigo, mais interessa a contribuição dos tratados como prova do costume. Por três diferentes caminhos o tratado pode se prestar a essa finalidade: 1) o uso continuado de certas cláusulas em tratados bilaterais³⁴, ou a supressão de cláusula que era comum em tratados bilaterais anteriores sobre a matéria³⁵;

²⁸ A modificação foi expressamente prevista no projeto da CDI que se tornaria mais tarde a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. O artigo 38, no projeto, dizia: “*Modification des traités par une pratique ultérieure. Un traité peut être modifié par la pratique ultérieure suivie par les parties dans l’application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité*”. **COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL**. Annuaire, 1966, v. II, p. 257. A/CN.4/SER. A/1966/Add.1. Este artigo foi excluído da versão final.

²⁹ Neste sentido, um tribunal arbitral afirmou que a prática subsequente pode servir “*as additional evidence in ascertaining the intentions of the parties and illustrate their intent as of the time the Agreement was concluded.*” Italy - U.S. Air Transport Arbitration. Advisory Opinion. 17.07.1965. In: **LAUTERPACHT, H.** (ed.) International Law Reports. London, 1972, v. 45. p. 419-420.

³⁰ **COT**, Jean-Pierre. La conduite subséquente des parties a un traité. Revue Générale de Droit International Public, t. XXXVII, n. 3, p. 632-666, juil.-sept. 1966. A Corte já recorreu ao exame da prática subsequente para interpretação do alcance de uma norma convencional: CPJI. La ville libre de Danzig et l’Organisation International du Travail. Recueil des avis consultatifs. Série B, n. 18. Avis du 26 août 1930. p. 12-13; CIJ. Souveraineté sur Palau Ligutan et Pulau Sipadon (fond). Arrêt du 17 décembre 2002. §§59-80.

³¹ **CIJ**. Droit de passage sur le territoire indien (fond). Arrêt du 12 avril 1960. *Recueil*, 1960, p. 37. Nesta decisão, a Corte entendeu que a execução pelos Mahrattes das cláusulas do tratado de Poona de 1779 era prova de sua validade.

³² **CIJ**. Affaire du Temple de Preah Vihear (fond). Arrêt du 15 juin 1962. *Recueil*, 1962, p. 23, 32 e 33.

³³ Sobre o tema da prática subsequente, vide, ainda: **COT**, Jean-Pierre. La conduite subséquente des parties a un traité. Revue Générale de Droit International Public, t. XXXVII, n. 3, p. 632-666, juil.-sept. 1966.; **KOHEN**, Marcelo G. La pratique et la théorie des sources du droit international. In: **SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL**. La pratique et le droit international. Paris: Pedone, 2004. p. 98-100; **SKUBISZEWSKI**, Krzysztof. Elements of Custom and the Hague Court. Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, band 31, n. 4, dec. 1971, p. 814-815; **BRAVO**, Luigi Ferraro. Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, t. 192, p. 233-329, 1985-III, p. 255; a modificação foi expressamente prevista no projeto da CDI, no artigo 38, como acima mencionado.

³⁴ **TRINDADE**, A. A. Cançado. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. Revista de Informação Legislativa, n. 69, p. 91-134, jan.-mar. 1981. p. 94. Cf. tb. CIJ. L’Affaire de l’Interhandel (exceptions préliminaires). Arrêt du 21 mars 1959. Neste caso, a CIJ reconheceu o princípio do esgotamento dos recursos internos como norma consuetudinária.

³⁵ **SCHWARZENBERGER**, Georg. A Manual of International Law. 5. ed. London: Stevens & Sons, 1967. p. 32-33.

2) a oponibilidade de um tratado a um Estado que não o ratificou ou que nem o assinou; 3) a contribuição de um tratado de codificação como evidência do costume geral e, portanto, oponível *erga omnes*.

A primeira via acenada raramente se apresenta incontestável. Uma cláusula inserta num certo tipo de tratado, - de extradição, de navegação, de proteção de investimentos, p.ex. -, que segue um modelo preconcebido, em geral proposto pelos Estados de maior poder, pode acabar gerando um reconhecimento geral das regras contidas em tal cláusula. Contudo, é comum nestas situações o Estado contra quem se alega o costume defender-se sob o argumento de que a não existência da cláusula no tratado que o vincula ou a inexistência de tratado que o vincule são justamente as provas de que ele não aceita esta regra.

É situação comum em matéria de tratados, que haja um **tratado assinado e não ratificado** por uma ou várias das suas partes, o que afeta a aplicabilidade do tratado quando a vigência internacional depende de ato confirmatório (CVDT, art. 14). Compreende-se nestes casos, que a não ratificação compromete a exigibilidade do tratado como tal, mas se não houver a informação expressa de desinteresse do Estado na ratificação, permanece a obrigação de não frustrar seu objeto e finalidade (CVDT, art. 18), ao lado da anuência a institutos que representam uma expressão do costume internacional, algo que pode ser demonstrado pelos trabalhos preparatórios ou pela prática subsequente do Estado. Com base no famoso julgado da Corte Internacional de Justiça sobre a *Plataforma Continental do Mar do Norte*³⁶, afirma-se que a não ratificação pode servir justamente como demonstração da oposição do Estado frente ao tratado, desobrigando-o³⁷.

³⁶ **CIJ**. *Recueil*, 1969, §66, p. 40.

³⁷ Cf. **VIRALLY**, Michel. Fuentes del Derecho Internacional. In: **SØRENSEN**, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 161.

Os **tratados de codificação** constituem-se em contribuição de relevo para demonstração do costume. Frutos do trabalho da Comissão de Direito Internacional, sob as diretrizes da Assembléia Geral (Carta da ONU, art. 13; Estatuto da CDI, art. 15), esses tratados são, a princípio, reveladores de regras preexistentes.³⁸ Todo o processo de construção dos projetos de convenção da CDI está permeado por manifestações dos Estados, sobretudo nos comentários feitos quando o projeto é remetido à Assembléia Geral (Estatuto da CDI, art. 16). Seu papel é tão relevante para o costume que até mesmo convenções ainda não vigentes foram consideradas pela CIJ como demonstrações de tendência da prática dos Estados³⁹, inclusive os projetos recebem alusões em controvérsias internacionais mesmo antes de tornarem-se convenções⁴⁰.

Por coletarem a experiência dos vários Estados para formular sua tradução num texto, tratados multilaterais dessa natureza tendem a incitar reações da comunidade internacional, demarcando o estado da arte na matéria⁴¹.

³⁸ **ROUSSEAU**, Charles. *Droit International Public*. Paris: Recueil Sirey, 1953. p. 67.

³⁹ **CIJ**. *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*. Avis consultatif du 20 décembre 1980. *Recueil*, 1980, p. 88-95. A Corte vale-se do projeto de convenção para os tratados das organizações internacionais, sobretudo do artigo que equivale ao artigo 56.2 da Convenção de 1969 sobre Direito dos Tratados. Cf. tb. **BRAVO**, Luigi Ferraro. *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 192, p. 233-329, 1985-III, p. 249.

⁴⁰ O projeto de artigos sobre responsabilidade internacional, por exemplo, foi extensivamente utilizado no caso do *Rainbow Warrior*. **JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA**, Eduardo (Président). *Affaire du Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande-France)*. *Sentence arbitrale du 30 avril 1990*. In: *Revue Générale du Droit International Public*, t. 94, p. 838-878, 1990.

⁴¹ **CANÇADO TRINDADE**, Antônio Augusto. *Reperatório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (1961-1981)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p. 18.

Veja-se, por exemplo, o segundo tratado feito pela Comissão de Direito Internacional sobre Sucessão de Estados⁴². A intenção codificadora deparou-se com a forte contrariedade da comunidade internacional, que não ratificou o tratado e rejeitou-o expressamente⁴³. Sua força como precedente foi abalada por essas reações.

Ao contrário, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT) obteve grande aceitação, sendo observada mesmo por Estados que não a ratificaram. É o caso do Brasil. Apesar de ainda não tê-la ratificado, o Brasil invocou a Convenção de Viena a seu favor em litígios internacionais⁴⁴. O *status* consuetudinário das normas da Convenção foi ressaltado pelo Ministro Celso Lafer, na exposição de motivos que acompanhava o projeto enviado ao Congresso, ao afirmar que ela constitui “o repositório mais completo e orgânico das normas geralmente consagradas nesta matéria, e ponto de referência natural no tratamento do assunto, mesmo para os Estados que dela não são partes”⁴⁵.

A não ratificação pode ocorrer por mero atraso no procedimento interno de aprovação

dos tratados ou mesmo dificuldades técnicas (tradução, por exemplo). Deste modo, em geral uma regra inserida numa convenção codificadora assinada por vários Estados contribui para a formação do costume⁴⁶. Isto levará à situação de uma norma ser obrigatória para uns Estados por vínculo convencional e para outros pelo costume⁴⁷.

É possível que um tratado de codificação seja dividido em partes que reflitam o costume internacional e partes que inovem em relação à prática anterior à sua conclusão⁴⁸. Assim, na Convenção de Viena, observa-se que as regras dos artigos 26 (*pacta sunt servanda*), dos artigos sobre interpretação (31 a 33) e do artigo 62 (mudança fundamental das circunstâncias) representam princípios reconhecidos consuetudinariamente⁴⁹. Na mesma Convenção, o

⁴² Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em matéria de bens, arquivos e dívidas, de 1978. In: MELLO, Celso Dudivier de Albuquerque. Direito Internacional Público: tratados e convenções. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁴³ ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 15. ed. atualizada por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113-116; GRUBER, Annie. Le droit international de la succession d'États. Bruxelles: Bruylant, 1986.

⁴⁴ Exemplo disto é o processo em reclamou de restrições europeias às importações de frango. **WORLD TRADE ORGANIZATION**. European Communities - Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products. Report of the Appellate Body (WT/DS69/AB/R). 13.07.1998. §§7, 10 e 52-57, p. 2036, 2037 e 2051. O Manual supracitado também faz referência à Convenção de Viena.

⁴⁵ **MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES**. Mensagem n. 116/1992. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Diário da Câmara, 8. 12.1995. p. 8401-8402. (sem grifos no original).

⁴⁶ **CANÇADO TRINDADE**, Antônio Augusto. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. Revista de Informação Legislativa, n. 69, jan.-mar., 1981. p. 111-113.

⁴⁷ **VIRALLY**, Michel. Fuentes del Derecho Internacional. In: SØRENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 160 e 171. **TUNKIN**, Grigoriæi Ivanovich. Droit International Public: problèmes théoriques. Trad. Centre de recherches sur l'U.R.S.S. et les pays de l'Est de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg. Paris: Pedone, 1965. p. 93.

⁴⁸ **AKEHURST**, M. Custom in International Law. British Yearbook of International Law, n. 47, p. 1-55, 1974-5. p. 33.

⁴⁹ **WORLD TRADE ORGANIZATION**. United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. Appellation Body Report. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996. p. 18-20. O Órgão de Apelação cita casos de outras Cortes Internacionais e doutrina do *Recueil des Cours* para confirmar sua afirmação de que o artigo 31 da Convenção de Viena atingiu o *status* de costume internacional. A invocação destes artigos é contínua. Disso é exemplo um recente caso brasileiro. **WORLD TRADE ORGANIZATION**. European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts. Report of the Appellate Body. WT/DS269/AB/R. 12.09.2005; vd. tb. TRIBUNAL arbitral constitué par le gouvernement de la République française et **UNESCO**. La question du regime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO

artigo 53 (*jus cogens*), que cria normas de hierarquia superior e aplicação geral, cuja violação enseja a nulidade do tratado, reflete claramente uma “invenção” da Comissão de Direito Internacional⁵⁰.

Aliás, a própria Comissão abandonou os esforços para distinguir com clareza projetos de desenvolvimento progressivo e projetos de codificação⁵¹. A conseqüência dessa possível duplicidade de propósitos nos seus projetos é a relativização da aplicabilidade de convenções codificadoras a Estados que delas não são partes sob o argumento de que são normas consuetudinárias. A prova do costume por uma convenção de codificação terá de sopesar a norma invocada para demonstrar seu caráter consuetudinário. Exige-se, portanto, uma prova adicional da prática⁵².

Atos das Organizações Internacionais também constituem precedentes aptos à formação de normas consuetudinárias⁵³. Três espécies de

atos próprios das Organizações Internacionais teriam essa condição. Primeiro, os atos internos, como a regra de que a abstenção de um membro permanente não equivale ao veto no Conselho de Segurança⁵⁴, a prática do consenso para deliberação na OMC⁵⁵, e as posições do Secretário Geral da ONU como depositário de inúmeros tratados multilaterais⁵⁶.

Segundo, contam-se as resoluções, pois elas podem servir de demonstração do consenso dos Estados a respeito de determinado assunto, não obstante discutir-se se elas não teriam caráter normativo autônomo, independente de revelarem ou não normas costumeiras⁵⁷.

residents em France. Sentence de 14 janvier 2003. In: *Revue Générale du Droit International Public*, t. CVII, v. I, p. 221-256, 2003. A afirmação do caráter consuetudinário do princípio *rebus sic stantibus* pode ser exemplificada pelo Acórdão n. 266/89 do Tribunal Constitucional português. In: ESCARAMEIA, Paula V. C. Coletânea de jurisprudência de Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 1992. p. 85-101.

⁵⁰ **BARBOSA**, Samuel Rodrigues. A invenção do *jus cogens* e o *jus publicum europaeum*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002; cf. tb. REZEK, J. F. 10. ed. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 115-116.

⁵¹ **LAUTERPACHT**, Hersch. Codification and Development of International Law. *American Journal of International Law*, v. 49, n. 1, p. 16-43, 1955.

⁵² O tratado de codificação não significa necessariamente um atalho para a prova do costume, “*But the existence of the treaty does mean that there is an agreed starting point - an attractive force to which non-party practice will be drawn like iron filings to a magnet.*” **BAXTER**, R. *Treaties and Custom*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 129, p. 25-105, 1970-I. p. 73.

⁵³ Para um exemplo de coletânea desses atos, vide UNITED NATIONS. *Repertory of the Practice of the United Nations Organs*. New York: UN, série E 57.1.

⁵⁴ CIJ. Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Avis consultatif du 21 juin 1971. § 22; cf. tb. **TUNKIN**, Grigoriæi Ivanovich. *Droit International Public: problèmes théoriques*. Trad. Centre de recherches sur l'U.R.S.S. et les pays de l'Est de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg. Paris: Pedone, 1965. p. 94-95. O autor anota passagens dos representantes dos Estados nas primeiras sessões do Conselho de Segurança, indicando a conformação dos precedentes que contribuíram para a sedimentação da regra encontrada pela CIJ.

⁵⁵ O Acordo Constitutivo da OMC recepciona “decisões, procedimentos e práticas costumeiras das Partes Contratantes perante o GATT” (artigo XVI:1); vide tb. MARCEAU, Gabrielle. *La pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*. In: **SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL**. *La pratique et le droit international*. Paris: Pedone, 2004. p. 159-208.

⁵⁶ Vide, a esse respeito, o *Yearbook of the United Nations*, no qual constam diversas posições jurídicas do corpo especializado da ONU.

⁵⁷ Para Wolfke, resoluções não podem criar costume, quando muito uma presunção de aceitação de uma regra. **WOLFKE**, Karol. *Custom in present International Law*. 2. ed. rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993. p. 84. A doutrina soviética recusa qualquer força vinculante às resoluções. Cf. **DANILENKO**, Gennady M. *The Theory of International Customary Law*. *German Yearbook of International Law*, v. 31, 1988, p. 36-37. Ver tb. ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. *Advisory Opinion of 8 July 1996*. *Reports*, 1996, p. 254-255. O voto do juiz Schwebel traz aportes interessantes, reprisados em: **SCHWEBEL**, Stephen

De acordo com Jimenez de Aréchaga, para afirmar a importância de uma resolução da Assembleia Geral para a formação de um costume deve-se considerar os seguintes fatores: redação do texto (se indica uma posição consumada ou meramente de intenções sobre regulamentações desejáveis – opiniões de *lege ferenda*)⁵⁸, número de votos obtidos (a unanimidade conta muito positivamente), declarações (a repercussão da Resolução entre os Estados representados, que pode revelar a genuinidade do consenso apresentado), debates (para verificar se o resultado final é compatível com as opiniões reveladas durante a negociação da resolução) e a prática posterior⁵⁹. Ressalte-se, aliás, que esse último critério aparece como requisito confirmatório de muitas orientações doutrinárias aqui listadas.

Finalmente, organizações podem contribuir por seus atos concretos, como as operações de manutenção da paz, destinadas a manter a não-beligerância entre as partes de um conflito e não reguladas pela Carta da ONU. Para sua efetivação, há um conjunto de instrumentos

normativos que as autorizam e regulamentam, composto por decisões do Conselho de Segurança, diretrizes do Secretário Geral e acordos com os Estados envolvidos⁶⁰.

4. CONDIÇÕES ESPECIAIS DE CERTOS ATOS DA PRÁTICA

A doutrina remete ainda a múltiplas indagações e distinções, as quais neste tópico serão repassadas. Primeiro, distingue-se entre atos concretos e declarações. Para alguns, por faltar o custo político da ação concreta, não haveria sentido em considerar-se o ato declaratório componente da prática⁶¹. Essa posição, contudo, é minoritária⁶², pois exclui os Estados com menor poder

M. UN Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law. In: BOS, Adriaan; SIBLESZ, Hugo. Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen. The Hague: Martinus Nijthoff, 1986. p. 209.

⁵⁸ A título de exemplo, a Resolução 3232 (XXIX), de 1970, da própria Assembleia Geral da ONU, menciona a possibilidade de as resoluções serem consideradas pela CIJ como desenvolvimento do Direito Internacional. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 06.06.2005. Para Rosenne esta Resolução restringe-se a afirmar que resoluções contêm indicações de *lege ferenda*, enfatizando que a CIJ *pode* considerá-las. ROSENNE, Shabtai. Practice and Methods of International Law. London: Oceana, 1984. p. 18-19.

⁵⁹ CIJ. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua. Arrêt du 27 juin 1986 (fond). *Recueil*, §§ 187-209, p. 98 a 110. AKEHURST, Michael. Custom as a Source of International Law. British Yearbook Of International Law. Oxford, n. 47, 1974-5, p. 34. JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. La costumbre como fuente del derecho internacional. In: ESTUDIOS de derecho internacional - homenaje al Professor Miaja de la Muela. Madrid: Tecnos, 1979. p. 399.

⁶⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 296.

⁶¹ D'AMATO, Anthony A. The Concept of Custom in International Law. Ithaca: Cornell University, 1971. p. 51. Assim se expressa o autor: "For a State may say many things; it speaks with many voices, some reflecting divisions within top governmental circles, some expressing popular opinions via mass media, and some being "trial balloons" or other argumentative tactics. But a State can act in only one way at one time, and its unique actions, recorded in history, speak eloquently and decisively." Os trechos citados, no original: "the State's act is visible, real and significant (...) a claim is not an act." *Idem*, p. 88. Cf. tb. ROBERTS, Anthea Elizabeth. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation. The American Journal of International Law, v. 95, n. 4, oct. 2001. p. 757; FITZMAURICE, Sir Gerald. The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law. British Yearbook of International Law, v. 30, 1953. p. 67-68. Nas palavras do autor: "in the long run, it is only the actions of States that build up practice".

⁶² Cf. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Final Report of the Committee. London Conference, 2000. Disponível em: <www.ila.org>. Acesso em 20.11.2005. p. 13; PARRY, Clive. The Practice of States. Transactions of the Grotius Society. London, v. 44, 1958-1959. p. 168; AKEHURST, Michael. Custom as a Source of International Law. British Yearbook Of International Law. Oxford, n. 47, 1974-5, p. 1-8.

relativo, os quais têm menos oportunidades de agir concretamente sobre inúmeros assuntos⁶³, além de reduzir as próprias chances de identificar uma norma consuetudinária, por eliminar boa parte dos atos que poderiam ser arrolados para prová-la.

Outra distinção relevante concerne as omissões. Com efeito, é duvidoso que possa o silêncio de um Estado valer tanto quanto sua ação concreta. Os critérios doutrinários por vezes trazem à baila a questão da oportunidade para se manifestar. A omissão relevante seria aquela do Estado que, podendo, não se pronunciou, não agiu⁶⁴.

Alguns autores sustentaram que os atos internos somente podem servir como precedentes quando “ligados às relações internacionais”⁶⁵. A posição é atualmente minoritária, porquanto

se considera menos relevante a causa do ato e mais sua repercussão sobre interesses de outros Estados. Como esta determinação não pode ser feita *a priori*, a exigência da “internacionalidade” do ato tende a ser relegada⁶⁶.

5. A MONTAGEM DO MOSAICO: AS TRÊS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO CONJUNTO DE PRECEDENTES

Terminada a tarefa de garimpagem de precedentes e feita sua depuração, separando os que se revelam mais aptos, cumpre ao intérprete, antes de finalizar sua tarefa, avaliar se o conjunto de precedentes reveste-se das características essenciais para formar um costume.

Julio Barberis, depois de examinar detalhadamente a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, assevera: “o elemento material do processo costumeiro consiste em uma repetição geral, ininterrupta e constante de atos humanos tendentes a um mesmo objetivo e materializados no âmbito internacional”⁶⁷. Dessa expressão, depreendem-se os requisitos da generalidade, duração, constância e uniformidade. É comum, porém, restringir os fatores temporais a um só requisito, a constância, na qual estão embutidas a duração e a frequência ou repetição.

⁶³ **BYERS**, Michael. *Custom, Power and the Power of the Rules*. Cambridge: Cambridge, 1999. p. 133-136.

⁶⁴ **VERDROSS**, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1976. p. 126. No mesmo sentido: **CAHIER**, Philippe. *Le comportement des États comme source de droits et d'obligations*. In: *FACULTÉ de Droit de l'Unige; IHEI. Recueil d'études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Unige, IHEI, 1968. p. 249-260.

⁶⁵ **ANZILOTTI**, Dionisio. *Corso de diritto internazionale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1955. p.73; **GIANNI**, Grégoire. *La coutume en droit international*. Paris: A. Pedone, 1931. p. 128-132. Todavia, Gianni assume que leis internas podem contribuir para o costume. Anzilotti, por sua vez, pondera que os atos internos, cuja razão de ser resume-se ao ordenamento estatal, podem, contudo, corroborar e até impedir a formação do costume. Cf. tb. opinião dissidente de Altamira em *Lotus* (CPJI. Affaire du “Lotus”. Recueil des décisions. Série A, n. 10. Arrêt du 7 septembre 1927. p. 96), sustentando que se houver uma norma permissiva, leis internas podem ser importantes para comprová-la; **COUNCIL OF EUROPE**: Committee of Ministers. Resolution (68) 17. Adopted by the Minister's Deputies on 28 June 1968. Commentary, Part Two, 3.b. que restringe os registros da prática aos documentos que indiquem “a national attitude with regard to a given source of International Law.” No Brasil, defende esse requisito: **JO**, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. São Paulo: LTr, 2000. p. 127.

⁶⁶ **VIRALLY**, Michel. *Fuentes del Derecho Internacional*. In: **SØRENSEN**, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 161. **BRAVO**, Luigi Ferraro. *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 192, p. 233-329, 1985-III, p. 260. Cf. tb. **KOPELMANAS**, Lazare. *Custom as a Means of the Creation of International Law*. *British Yearbook of International Law*, n. 18, 1937. p.151.

⁶⁷ No original : “l'élément matériel du procédé coutumier consiste en une répétition générale, ininterrompue et constante d'actes humains tendant vers un même but et accomplis dans le domaine international”. **BARBERIS**, Julio A. *L'élément matériel de la coutume internationale d'après la Cour de la Haye (1922-1966)*. *Netherlands International Law Review*. Leiden, v. XIV, issue 4, 1967. p. 368.

A abrangência espacial dos atos é o primeiro dos requisitos, derivado da própria redação do artigo 38: prática “geral”. Para atribuir significado à **generalidade**, ou dispersão, os autores costumam associar o termo “geral” a “comum” e negar a sua ligação ao termo “universal”⁶⁸ ou “unânime”⁶⁹. Deste modo, os precedentes coletados não podem se resumir à prática de alguns poucos Estados, embora também não precisem alcançar a totalidade dos Estados do globo, exigência que inviabilizaria a formação da norma consuetudinária. Em seu parecer sobre *Colonos alemães na Polônia*, a CPJI sustentou a impossibilidade de se considerar prejudicados os direitos de particulares em função de uma mudança na soberania, alegando que isto contrariaria uma “prática quase universal”.⁷⁰ Mesmo a Corte não examinando a constituição dessa prática e sua aplicabilidade ao caso, o uso da expressão denota consciência de não ser exigível a universalidade.

⁶⁸ Cf. *v.g.*, **REZEK**, J. F. 10. ed. Direito Internacional Público: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 135; **BRIERLY**, James. Direito Internacional. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1972. p. 61; **DINH**, Nguyen Quoc; **DAILLIER**, Patrick; **PELLET**, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 298.

⁶⁹ **KUNZ**, Josef. The Nature of Customary International Law. *The American Journal of International Law*, v. 47, n. 4, p. 662-669, out. 1953. p. 666. Esta ligação parece ter sido a intenção inicial do Comitê de juristas, ao redigir o artigo 38.b usando a expressão “prática comum”. **ADVISORY** Committee of jurists. Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin - 24 juillet, 1920. La Haye: Van Langenhuysen frères, 1920. p. 306 e 636. A homogeneidade da sociedade internacional, associada à existência de poucos Estados soberanos naquela época, justificava a terminologia. **BRAVO**, Luigi Ferraro. Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 192, p. 233-329, 1985-III, p. 244.

⁷⁰ **PJI**. Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne. *Recueil des Avis Consultatifs*. Serie B, n. 6, du 10 septembre 1923. p. 36.

A segunda qualidade que deve o conjunto de precedentes evidenciar é a **constância**⁷¹. A própria idéia de costume remete às noções de duração, prolongamento no tempo passado e recorrência (repetição). Já era assim que o costume transparecia nos clássicos, como Grócio, para quem o costume é “obra do tempo e do uso”⁷², e Vattel, que se refere ao “longo uso”⁷³. Na visão dos clássicos, tratava-se mesmo de uma prática repetida por um “longo e imemorial período de tempo”⁷⁴, por empréstimo à noção anglo-saxã e também, ainda antes, ao período clássico do direito romano, em que o costume tornava-se obrigatório pela “*vetustas*”⁷⁵.

Sua fixação não se dá pela constatação de um tempo predefinido, como dez ou vinte anos,

⁷¹ Em *Wimbledon*, a CPJI refere-se a uma “*pratique internationale constante*” e em *Groenlândia Oriental*, o juiz Anzilotti menciona uma “*pratique constante et générale des États*”. CPJI. *Affaire du Vapeur Wimbledon*. *Recueil des décisions*. Série A, n. 1. Arrêt du 17 août 1923. p. 25; COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. *Statut Juridique du Groenland Oriental*. Série A/B n. 53. Arrêt du 5 avril 1933. *Opinion Dissidente* de M. Anzilotti, p. 91.

⁷² **GROTIUS**, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, Liv. I, XIV, p. 88.

⁷³ **VATTEL**, Emmer de. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle: Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*. Genève: Institut Henri Dunant, 1983 Préface, §24, p. XXII; *Préliminaires*, § 25, p. 14.

⁷⁴ **BOBBIO**, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: CEDAM, 1942. p. 30. No original: “*un lungo e immemorabile periodo di tempo*.” Demetre Negulesco afirmara em opinião dissidente no caso *Comissão do Danúbio*: “*la coutume international exige pour son existence une continuité des faits depuis un temps immémorial*.” CPJI. *Compétence de la Commission Européenne du Danube entre Galatz et Braïla*. *Recueil des Avis Consultatifs*. Série B, n. 14, le 8 décembre 1927. p. 114. A menção ao costume imemorial também se encontra em *EMANNUELLE*, Victorio. *Affaire de l'île de Clipperton*. *Sentence arbitrale* du 28 janvier 1931. *Recueil des Sentences Arbitrales*, v. II, p. 110-112.

⁷⁵ **GUGGENHEIM**, Paul. *Contribution à l'histoire des sources du Droit des Gens*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 94, 1958-II, p. 36-39.

pois se combinam no seu interior dois fatores: frequência e duração. Quanto mais vezes haja se repetido uma determinada postura dos Estados, tanto menos é necessário que ela seja encontrada desde tempos imemoriais⁷⁶. Agrega-se assim a idéia de continuidade, que exige certa repetição dos atos durante o período de formação do costume.

O terceiro elemento, a **uniformidade**, refere-se à “concordância” ou à “unidade de direção”⁷⁷ dos atos analisados. Para servir ao propósito em comento, o conjunto de precedentes deve apontar para uma mesma regra, aplicada em situações semelhantes. Se houver disparidade na forma e no conteúdo da prática, esta não revela costume algum⁷⁸. Entretanto, pode-se ter um costume mesmo quando há dissidências, sobretudo quando elas são explícitas e isoladas. Nesta situação, protege-se o direito ao consentimento do objetor persistente⁷⁹, aquele que durante a formação da regra consuetudinária opôs-se a ela de modo consistente, desobrigando-o de seguir o costume⁸⁰. Ao mesmo tempo, como se afasta do conjunto da

prática geral o Estado dissidente, viabiliza-se a afirmação do costume para os demais sujeitos de Direito Internacional.

Assim, a prova do costume, referenciada na própria definição constante da alínea “b” do artigo 38 do Estatuto da CIJ, é a reunião de precedentes hábeis à comprovação da prática geral e da *opinio juris*, demonstrando a existência de norma costumeira formada sobre a matéria em questão. Seu ônus recai, segundo opinião dominante, sobre quem invoca a norma⁸¹.

CONCLUSÕES

Este artigo tem o objetivo de reunir orientações dogmáticas sobre a formação do costume. Examinadas doutrina e jurisprudência, pode-se concluir que:

Estados e Organizações são entidades aptas a contribuir com seus atos para a formação do costume.

Os atos de tais entidades que podem ser usados como prova de um costume estão arrolados em repertórios específicos, os quais inventariam dentre os precedentes úteis: leis, decisões judiciais, debates parlamentares, pareceres de consultores jurídicos dos ministérios de relações exteriores, atos do poder executivo, correspondência diplomática, tratados, instruções a diplomatas e militares, resoluções, atos internos e externos de organizações internacionais.

Atos concretos podem ter maior peso do que declarações, assim como ações positivas tendem a sobrepor-se a omissões.

O conjunto de precedentes deve revelar constância, uniformidade e generalidade da prática.

⁷⁶ **DINH**, Nguyen Quoc; **DAILLIER**, Patrick; **PELLET**, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 298.

⁷⁷ **SCELLE**, Georges. Les Règles Générales du Droit de la Paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 46, p. 327-703, 1933. p. 433.

⁷⁸ **BISHOPTONE**, Lord Asquith of (arbitrator). Continental Shelf (Petroleum Development Ltd. V. Sheikh of Abu Dhabi). September 1951. In: LAUTERPACHT, Hersch. International Law Reports, v. 18, p. 144-161, 1951. Neste caso, a variação dos critérios de delimitação da plataforma continental impediu que o árbitro visse nos atos de delimitação a indicação de respeitarem um costume.

⁷⁹ **CIJ**. *Pêcherias norvégiennes*, p. 19. A passagem relevante é a seguinte: “*De toute manière, la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la cote norvégienne.*”

⁸⁰ **BARBERIS**, Julio. ¿Es la costumbre una fuente de Derecho Internacional? Anuário Argentino de Direito Internacional. Córdoba, v. III, 1987-1989. p. 14.

⁸¹ Cf., *v.g.*, **WOLFKE**, Karol. Custom in present International Law. 2. ed. rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993. p. 117-120, cuja avaliação baseia-se em julgados da CIJ.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. atualizada por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADVISORY Committee of jurists. Procés-verbaux des séances du comité, 16 juin - 24 juillet, 1920. La Haye: Van Langenhuisen frères, 1920.
- AKEHURST, M. Custom in International Law. *British Yearbook of International Law*, n. 47, p. 1-55, 1974-5.
- AKEHURST, Michael. *Introdução ao Direito Internacional*. Trad. Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Corso de diritto internazionale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1955.
- ARBITRATION TRIBUNAL. Award in the Matter of an Arbitration Between Kwait and Aminoil. Paul Reuter (President). March 24, 1982. In: *International Legal Materials*, v. XXI, n. 5, 1982. p. 1032-1037.
- BARBERIS, Julio A. L'élément matériel de la coutume internationale d'après la Cour de la Haye (1922-1966). *Netherlands International Law Review*. Leiden, v. XIV, issue 4, p. 367-381, 1967.
- BARBERIS, Julio. ¿Es la costumbre una fuente de Derecho Internacional? *Anuário Argentino de Direito Internacional*. Córdoba, v. III, 11-23, 1987-1989.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e o jus publicum europaeum*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- BAXTER, Richard. Treaties and Custom. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 129, p. 25-105, 1970-I.
- BERNHARDT, Rudolf. Customary International Law. In: _____ (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: Elsevir, 1992, v. I, p. 900.
- BISHOPTONE, Lord Asquith of (arbitrator). *Continental Shelf (Petroleum Development Ltd. V. Sheikh of Abu Dhabi)*. September 1951. In: LAUTERPACHT, Hersch. *International Law Reports*, v. 18, p. 144-161, 1951.
- BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: CEDAM, 1942.
- BRAVO, Luigi Ferraro. *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 192, p. 233-329, 1985-III.
- BRIERLY, James. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1972.
- BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of the Rules*. Cambridge: Cambridge, 1999.
- CAHIER, Philippe. Le comportement des États comme source de droits et d'obligations. In: FACULTÉ de Droit de l'Unige; IHEI. *Recueil d'études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Unige, IHEI, 1968. p. 249-260.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, n. 69, p. 91-134, jan.-mar. 1981.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.
- COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. Arrêt du 27 juin 1986 (fond).
- CIJ. *Affaire des Pêcheries*. Arrêt du 18 decembre 1951.
- CIJ. *Affaire du droit d'asile*. Arrêt du 20 novembre 1950.
- CIJ. *Affaire du Temple de Preah Vihear (fond)*. Arrêt du 15 juin 1962.
- CIJ. *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud*

en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Avis consultatif du 21 juin 1971.

CIJ. Droit de passage sur le territoire indien (fond). Arrêt du 12 avril 1960.

CIJ. Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte. Avis consultatif du 20 décembre 1980.

CIJ. L'Affaire de l'Interhandel (exceptions préliminaires). Arrêt du 21 mars 1959.

CIJ. Plateau Continental de la Mer du Nord. Arrêt du 20 février 1969.

CIJ. Souveraineté sur Palau Ligutan et Pulau Sipadon (fond). Arrêt du 17 décembre 2002.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. Annuaire, 1966, v. II, p. 257. A/CN. 4/SER. A/1966/Add.1.

CORBETT, P. E. The consent of States and the Sources of the Law of Nations. *British Yearbook of International Law*, v. 6, p. 20-30, 1925.

COT, Jean-Pierre. La conduite subséquente des parties a un traité. *Revue Générale de Droit International Public*, t. XXXVII, n. 3, p. 632-666, juil.-sept. 1966.

COUNCIL OF EUROPE: Committee of Ministers. Resolution (68) 17. Adopted by the Minister's Deputies on 28 June 1968. Commentary, Part Two, 3.b.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. Affaire du "Lotus". Recueil des décisions. Série A, n. 10. Arrêt du 7 septembre 1927.

CPJI. Affaire du Vapeur Wimbledon. Recueil des décisions. Série A, n. 1. Arrêt du 17 août 1923.

CPJI. Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne. Recueil des Avis Consultatifs. Série B, n. 6, du 10 septembre 1923.

CPJI. Compétence de la Commission Européenne du Danube entre Galatz et Braïla.

Recueil des Avis Consultatifs. Série B, n. 14, le 8 décembre 1927.

CPJI. La ville libre de Danzig et l'Organisation Internationale du Travail. Recueil des avis consultatifs. Série B, n. 18. Avis du 26 août 1930.

CPJI. Statut Juridique du Gröenland Oriental. Série A/B n. 53. Arrêt du 5 avril 1933.

D'AMATO, Anthony A. *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca: Cornell University, 1971.

D'AMATO, Anthony A. *The Concept of Special Custom in International Law*. *The American Journal of International Law*, v. 63, n. 2, p. 211-223, abr. 1969.

DANILENKO, Gennady M. *The Theory of International Customary Law*. *German Yearbook of International Law*, v. 31, p. 9-47, 1988.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

EMANNUELLE, Victorio. Affaire de l'île de Clipperton. Sentence arbitrale du 28 janvier 1931. Recueil des Sentences Arbitrales, v. II, p. 110-112.

ESCARAMEIA, Paula V. C. *Colectânea de jurisprudência de Direito Internacional*. Coimbra: Almedina, 1992.

FITZMAURICE, Sir Gerald. *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*. *British Yearbook of International Law*, v. 30, p. 1-70, 1953.

GIANNI, Grégoire. *La coutume en droit international*. Paris: A. Pedone, 1931.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

GRUBER, Annie. *Le droit international de la succession d'États*. Bruxelles: Bruylant, 1986.

GUGGENHEIM, Paul. *Contribution à l'histoire des sources du Droit des Gens*. Recueil des

Cours de l'Académie de Droit International, t. 94, p. 1-84, 1958-II.

HAGGENMACHER, Peter. La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXXXX, p. 5-125, 1986.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Final Report of the Committee. London Conference, 2000. Disponível em: <www.ila.org>. Acesso em 20.11.2005.

INTÉRPRETATION de l'Accord Aérien (France-États Unis). Sentence arbitrale du 22 décembre 1963. Roberto Ago (Président). *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXIX, n. 1, jan.-mars 1965. p. 253.

ITALY - U.S. Air Transport Arbitration. Advisory Opinion. 17.07.1965. In: LAUTERPACHT, H. (ed.) *International Law Reports*. London, 1972, v. 45. p. 419-420.

JACKSON, John. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*, n. 86, p. 310-340, 1992.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (Président). Affaire du Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande-France). Sentence arbitrale du 30 avril 1990. In: *Revue Générale du Droit International Public*, t. 94, p. 838-878, 1990.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. La costumbre como fuente del derecho internacional. In: ESTUDIOS de derecho internacional - homenaje al Professor Miaja de la Muela. Madrid: Tecnos, 1979.

JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

KENNEDY, David. Theses About International Law Discourse. *German Yearbook of International Law*, n. 23, p. 353-389, 1980.

KIRGIS Jr., Frederic L. Custom on a Sliding Scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, n.1, p. 146-151, jan. 1987.

KOHEN, Marcelo G. La pratique et la théorie des sources du droit international. In : SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La pratique et le droit international*. Paris: Pedone, 2004.

KOPELMANAS, Lazare. Custom as a Means of the Creation of International Law. *British Yearbook of International Law*, n. 18, , p. 121-151, 1937.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of the International Legal Argument*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2005.

KUNZ, Josef. The Nature of Customary International Law. *The American Journal of International Law*, v. 47, n. 4, p. 662-669, out. 1953.

LAUTERPACHT, Hersch. Codification and Development of International Law. *American Journal of International Law*, v. 49, n. 1, p. 16-43, 1955.

LEISH, Marian Nash. *Digest of United States Practice in International Law*. Washington: Department of State, 1989.

LUPI, André L. P. B. *A Guerra do Golfo: Legalidade e Legitimidade*. *Novos Estudos Jurídicos*, v.10, p.513 - 536, 2005.

LUPI, André L. P. B. *Os Métodos do Direito Internacional*. São Paulo: Lex, 2007.

MARCEAU, Gabrielle. La pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La pratique et le droit international*. Paris: Pedone, 2004. p. 159-208.

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado, 2000. 9 v.
- MELLO, Celso Dudivier de Albuquerque. *Direito Internacional Público: tratados e convenções*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, Rubens Ferreira de. *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Fº, 1950.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. 6. ed. Madrid: Atlas, 1974.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Mensagem n. 116/1992. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. *Diário da Câmara*, 8. 12.1995. p. 8401-8402.
- NATIONS UNIES. *Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*. New York, le 17 janvier 2005. Disponível em: <http://untreaty.un.org>. Acesso em 10 de junho de 2006.
- NATIONS UNIES. *Documents concernant la succession d'États*. Doc. ST/LEG./SER.B/14, 1967.
- ONU. Resolução 3232 (XXIX), de 1970, da Assembleia Geral. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 06.06.2005.
- PARRY, Clive. *The Practice of States*. *Transactions of the Grotius Society*. London, v. 44, 1958-1959.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o Direito Internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia., 1864.
- RANGEL, V. M. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REZEK, J. F. 10. ed. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation*. *The American Journal of International Law*, v. 95, n. 4, p. 757-791, oct. 2001.
- ROSENNE, Shabtai. *Practice and Methods of International Law*. London: Oceana, 1984.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris: Recueil Sirey, 1953.
- SCELLE, Georges. *Les Règles Générales du Droit de la Paix*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 46, p. 327-703, 1933.
- SCHWARZENBERGER, Georg. *A Manual of International Law*. 5. ed. London: Stevens & Sons, 1967.
- SCHWEBEL, Stephen M. *UN Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law*. In: BOS, Adriaan; SIBLESZ, Hugo. *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Ripha-gen*. The Hague: Martinus Nijthoff, 1986.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof. *Elements of Custom and the Hague Court*. *Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, band 31, n. 4, dec. 1971, p. 814-815.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-139, 1994-1995.
- SOARES, Guido F. S. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.
- SOCIETÀ Italiana per l'Organizzazione Internazionale; CONSIGLIO Nazionale delle Ricerche. *La Prassi Italiana dei Diritto*

Internazionale. Prima serie, v. I. New York: Oceana, 1970.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Direito Internacional Costumeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

TRIBUNAL arbitral constitué par le gouvernement de la République française et UNESCO. La question du regime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO residents em France. Sentence de 14 janvier 2003. In: *Revue Générale du Droit International Public*, t. CVII, v. I, p. 221-256, 2003.

TRIEPEL, C. H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. I, p. 77-119, 1923-I.

TUNKIN, Grigoriæi Ivanovich. *Droit International Public: problèmes théoriques*. Trad. Centre de recherches sur l'U.R.S.S. et les pays de l'Est de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg. Paris: Pedone, 1965.

UNITED NATIONS. *Repertory of the Practice of the United Nations Organs*. New York: UN, série E 57.1.

UNITED NATIONS. *UN Juridical Yearbook*. ST/LEG/SER. C (/36, v.g.). New York: UN, 2005.

VATTEL, Emmer de. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle: Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*. Genève: Institut Henri Dunant, 1983.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1976.

VIRALLY, Michel. *Fuentes del Derecho Internacional*. In: SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

WOLFKE, Karol. *Custom in present International Law*. 2. ed. rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*. Report of the Appellate Body. WT/DS269/AB/R. 12.09.2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities - Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products*. Report of the Appellate Body (WT/DS69/AB/R). 13.07.1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Standards for Reformuled and Conventional Gasoline*. Appellation Body Report. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996.