

QUARTO RELATÓRIO SOBRE DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO PARTICULAR NO CONTEXTO DO CONTINENTE AMERICANO

(Apresentado pelo doutor George Rodrigo Bandeira Galindo)

PARTE I INTRODUÇÃO

No 95º Período Ordinário de Sessões, realizado no Rio de Janeiro, de 31 de julho a 9 de agosto de 2019, a Comissão Jurídica Interamericana incluiu em sua agenda de trabalho o tema do Direito Internacional Consuetudinário Particular no Contexto do Continente Americano. Na ocasião, tive a honra de ser escolhido relator para o tema.

Por sua vez, no 96º Período Ordinário de Sessões, realizado no Rio de Janeiro, de 2 a 6 de março de 2020, apresentei o meu primeiro relatório.

Na ocasião, busquei iniciar a abordagem do tópico sob a perspectiva da jurisprudência internacional. Fixei-me nas sentenças da Corte Internacional de Justiça que explicitamente trataram do costume particular em alguma de suas formas (costume bilateral, costume local ou costume regional).

O tema não foi considerado no 97º Período Ordinário de Sessões, realizado no Rio de Janeiro, em 2020, de 3 a 7 de agosto de 2020.

No 98º Período Ordinário de Sessões, que ocorreu entre os dias 5 e 9 de abril de 2021, de maneira virtual, em virtude da pandemia de COVID-19, submeti aos demais membros da Comissão meu segundo relatório, que completava a análise da jurisprudência internacional sobre o tema, tratando das opiniões individuais de juízes nas sentenças em que não havia referência explícita ao costume particular. Também foram analisados casos de outros tribunais internacionais, especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o assunto, e feito um balanço geral da prática judicial sobre o costume particular.

Em sequência, no 99º Período Ordinário de Sessões, ocorrido no Rio de Janeiro entre 2 e 11 de agosto de 2021, também ocorrido de modo virtual, apresentei meu terceiro relatório sobre o tema. Na oportunidade, iniciei a análise sobre a doutrina especializada sobre o costume particular, com ênfase em obras que possuem como principal objeto de investigação o costume particular em suas diversas formas (costume bilateral, costume local ou costume regional).

Em tal sessão, ocorreu a VIII Reunião Conjunta com os Assessores Jurídicos dos Ministérios das Relações Exteriores dos Estados membros da OEA, realizada em 9 de agosto de 2021. Naquela oportunidade, o presente tema foi objeto de comentários por diversos representantes dos Estados, que forneceram elementos imprescindíveis para uma melhor abordagem dos assuntos discutidos.

O presente relatório consolida as considerações dos três relatórios anteriores.

Uma parte significativa da doutrina sobre o direito internacional particular toma como referência primeira uma série de casos julgados pela Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ ou Corte) ao longo de mais de cinquenta anos que abordaram – de maneira muito ou pouco detida – o tema.

Essa abordagem, que poderia ser classificada como preponderantemente indutiva, a partir de casos julgados pela CIJ, tem claras vantagens, porém também riscos.

A maior vantagem é conectar o estudo do direito internacional costumeiro particular com a prática judicial relevante – evitando-se assim discussões de ordem teórica com pouca aplicação prática.

Por outro lado, o grande risco de tal abordagem é pressupor uma coerência entre os julgados da CIJ por um longo período de tempo e abstraídas as características dos casos concretos.

Em verdade, como se verá adiante, os critérios que a CIJ utilizou para realizar a identificação da regra costumeira particular não são uniformes, sem contar que diversos elementos argumentativos contidos nas decisões geram aporias ou apresentam claras omissões.

O início da análise da prática judicial sobre o tema, ocorrida no primeiro relatório, visou justamente a entender de maneira mais aprofundada os casos julgados pela CIJ, de modo a desvelar suas possibilidades e também seus limites para a aplicação do direito internacional costumeiro particular no contexto do continente americano.

Em tal relatório, iniciei a análise pelos casos em que a CIJ, em suas sentenças, se pronunciou, de algum modo, sobre o direito internacional costumeiro particular. Também apreciei alguns posicionamentos individuais dos juízes, proferidos nos referidos casos, a fim de compreender melhor o contexto decisório.

No segundo relatório, investiguei os casos em que a referência ao direito internacional costumeiro particular se encontra exclusivamente nas opiniões individuais de juízes da CIJ e nos poucos julgados de outros tribunais acerca da temática. Do mesmo relatório também consta um balanço geral sobre a posição da jurisprudência internacional acerca do direito internacional costumeiro particular.

A análise de opiniões individuais não possui o condão de constituir jurisprudência internacional. Contudo, tais posicionamentos têm servido de importante baliza interpretativa não apenas em outros casos julgados por tribunais internacionais, mas também para compreender o modo e o alcance das próprias sentenças em relação aos quais foram emitidas as opiniões individuais.¹

Quanto à análise de decisões de outros tribunais internacionais, identificou-se que apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou especificamente sobre o costume particular, e ainda no âmbito de sua jurisdição consultiva.

No terceiro relatório, iniciei uma análise sobre a doutrina especializada no assunto. Constatou-se que os escritos especializados gravitam constantemente em torno dos temas avançados pela jurisprudência internacional. Ademais, os primeiros escritos que tratavam de maneira mais aprofundada sobre o tema o inseriam dentro de um debate maior, que opunha perspectivas voluntaristas e não-voluntaristas no direito internacional.

Neste relatório, pretendo completar a análise da doutrina sobre o tema, não somente com obras mais antigas sobre o assunto, como também as mais recentes, que gradativamente têm alterado o enfoque do debate doutrinário anterior. Também buscarei apresentar o tratamento dado pela Comissão de Direito Internacional sobre o assunto em ao menos dois tópicos que compuseram sua agenda nos últimos anos.

Completada a análise dos casos julgados e do debate doutrinário, entendo ser produtora enveredar pela prática dos Estados do continente americano sobre o direito internacional consuetudinário particular. Com vistas a alcançar esse objetivo, proponho que o presente relatório (bem como os anteriores, que lhe servem de subsídio) seja submetido aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, para comentários. Com base em tais comentários, será possível, espera-se, ter um quadro mais amplo sobre a prática dos Estados acerca do assunto. Desse modo, o estudo

¹ Como reconhecido mesmo pela Corte Internacional de Justiça em: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1987*, p. 18.

complementará a perspectiva judicial e doutrinária coma perspectiva estatal sobre o direito internacional consuetudinário particular.

PARTE II DA PRÁTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Das Sentenças da CIJ que tratam explicitamente do direito internacional consuetudinário particular (e das opiniões individuais a ela relacionadas)

2.1.1 *Caso do Asilo*

O *Caso do Asilo* (Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266) foi a primeira oportunidade que a CIJ teve de se pronunciar sobre a possibilidade de existência de normas internacionais costumeiras particulares. O caso é de grande importância porque, de maneira muito significativa, pautou os debates doutrinários e a própria jurisprudência posterior da Corte.

O caso tratava de uma série de questões envolvidas na concessão de asilo diplomático, pelo Governo Colombiano, ao cidadão peruano Víctor Raúl Haya de la Torre.

O tema do direito internacional costumeiro particular foi enfrentado em virtude do argumento colombiano que, ao invocar o direito internacional americano em tema de asilo diplomático, se baseou na existência de um costume regional ou local próprio aos Estados Latino-Americanos. Especificamente, a Corte foi chamada a decidir sobre a regra de que cabe ao Estado asilante a qualificação unilateral e definitiva da ofensa que viabilizou o asilo diplomático.

Para a Corte, a parte que alega a existência de um costume de tal tipo deve provar que ele é obrigatório para a outra parte. Vale a pena conferir o trecho pertinente, que é constantemente citado pela literatura sobre direito internacional costumeiro particular:

“The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom ‘as evidence of a general practice accepted as law’”.²

Relevante notar que a Corte invocou o art. 38 do seu Estatuto – que nada menciona sobre o costume particular - para sustentar que tal regra decorreria de um uso constante e uniforme enquanto expressão de um direito pertencente ao Estado que concede o asilo e um dever do Estado territorial.

Foram desconsiderados os dois níveis de argumentos apresentados pela Colômbia. No primeiro, ainda que vários tratados tenham sido trazidos como prova da existência de uma prática, a Corte considerou que eles ou não eram pertinentes ao caso ou haviam sido ratificados por poucos Estados no contexto latino-americano. No segundo, mesmo tendo a Colômbia apresentado vários casos de concessão de asilo diplomático, eles apresentariam, conforme a CIJ, “incerteza e contradição”, além de serem influenciados por “conveniência política”, de modo que tal prática não demonstraria a existência de um uso constante e uniforme de modo a viabilizar a criação de uma regra costumeira.³

Ademais, entendeu a Corte que, ainda que a Colômbia tivesse provado a existência de uma regra costumeira sobre qualificação, ela não poderia ser invocada contra o Peru, que a teria repudiado. Isso seria confirmado pelo fato de o Peru não ter ratificado as Convenções de Montevideu de 1933 e 1939, que foram os primeiros instrumentos a incluir regras relativas à qualificação da ofensa em matéria de asilo diplomático. Foram desconsiderados, sem um fundamento vigoroso, comunicados oficiais do

² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 276-277.

³ *Idem*, p. 277.

Ministério das Relações Exteriores do Peru que teriam sido trazidos pela Colômbia como prova de aceitação da regra costumeira particular.⁴

Em um trecho da sentença, a CIJ ainda se pronunciou sobre a não intervenção como um tradição latino-americana, embora não tenha explicitado se tal tradição constituiria uma regra costumeira.⁵

Diversas questões exsurtem do caso. Quatros delas merecem menção.

A argumentação acerca da identificação do costume é muito baseada na percepção de que tratados são elementos componentes da prática estatal. A postura de oposição do Peru quanto ao tema é basicamente tomada a partir da não ratificação, por parte desse Estado, de um tratado sobre a temática do asilo. Tal argumento traz consequências para a identificação do papel do silêncio na formação regra costumeira, que seria tomado pouco em conta ou mesmo desconsiderado no caso de um costume particular – pois a ausência de ratificação não significa manifestação de vontade expressa.

Segundo. Não está claro se a exigência de que a Colômbia teria de ter provado que o costume particular era obrigatório para o Peru é uma questão processual ou substantiva. Nesse contexto, permanece a questão: o costume internacional regional somente poderia ser aplicado quando uma parte em um processo houvesse trazido a prova de obrigatoriedade para a outra parte ou, de ofício, a própria Corte poderia reconhecê-lo?

Parece razoável crer que a exigência dirigida à Colômbia se configura como uma questão processual, porque a Corte, ela mesma, analisa elementos da prática – ainda que de maneira insuficiente – e conclui não haver norma costumeira particular a regular o tema por ela discutido. Por outro lado, poder-se-ia alegar que a prova do costume constitui condição para a sua própria identificação, o que daria ao problema contornos de questão substantiva.

A CIJ foi muito precisa ao dar grande peso ao fato de que o Peru não teria ratificado o primeiro tratado que dispôs sobre o direito de qualificação do Estado asilante. Tal referência ao “primeiro” pode ter relação com o princípio da aquiescência, ou mesmo o que viria a se tornar a doutrina do objeto persistente – que exige, como se sabe, que a objeção tenha ocorrido no momento de gestação da regra costumeira.

A Opinião dissidente do juiz Alvarez é de grande interesse em virtude de antes mesmo de ter ingressado na Corte, ter ele sido um autor que muito refletiu sobre o papel do regionalismo no direito internacional. As posições de Alvarez no que concerne ao costume particular, no entanto, parecem ser pouco claras.

Antes de adentrar a questão do asilo diplomático como regra costumeira particular, Alvarez resume algumas de suas ideias sobre o direito internacional americano. Para ele, um costume não precisa ser aceito por todos os Estados do Novo Mundo para ser considerado como parte do Direito Internacional Americano. Ele também concebe a possibilidade de subdivisões no Direito Internacional Americano, como um Direito Internacional Latino-Americano. E no que concerne à relação entre o direito internacional geral e o direito internacional americano, sustenta que ela não é de subordinação, mas de correlação.⁶

Mesmo com um posicionamento favorável à particularidade no direito internacional, Alvarez conclui que não há um direito internacional costumeiro americano do asilo pela razão de que não haveria uniformidade na prática dos governos respectivos sobre o tema. Ele admite, no entanto, que há certas práticas e métodos na aplicação do asilo que são seguidas pelos Estados latino-americanos. Não é explicado, contudo, se tais práticas e métodos seriam dotados de algum grau de juridicidade e, portanto, se seriam obrigatórios no contexto latino-americano.⁷

⁴ *Ibidem*, p. 277-278.

⁵ *Ibidem*, p. 285.

⁶ *Ibidem*, p. 294.

⁷ *Ibidem*, p. 295.

Outros membros da Corte, como o Juiz Read, foram expressos no sentido de que, embora a Colômbia não tenha provado que existe um direito unilateral à qualificação e um direito ao salvo-conduto com base no direito costumeiro, estaria fora de dúvidas de que o asilo diplomático se configura como costume internacional. Essa afirmação ajuda a compreender que a Corte é capaz de constatar a existência do costume particular sem que uma das partes necessite provar que ele é obrigatório para a outra.⁸

O juiz Azevedo, além de discordar da Corte no que se refere à existência de um costume particular sobre o asilo diplomático, contestou o fato de uma ausência de ratificação produzir o condão de excluir um Estado do grupo em relação ao qual o costume é respeitado.⁹

2.1.2 Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos

O *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos* (Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952) envolvia a questão da continuidade de certos privilégios concedidos a cidadãos americanos no território marroquino.

Um dos argumentos apresentados pelos Estados Unidos foi formulado de modo a sustentar que o exercício de sua jurisdição consular e outros direitos capitulares seriam fundados no “costume e no uso”. Relevante notar que em nenhum momento é utilizada a expressão costume bilateral. A alegação dizia respeito a dois marcos temporais distintos: de 1787 a 1937 e, o segundo, de 1937 ao momento em que foi ajuizada a ação em questão.¹⁰

A Corte entendeu que o argumento americano não procedia, em relação aos dois marcos temporais, por razões distintas.

Quanto ao primeiro período, a Corte apresentou dois fundamentos. Primeiramente, a jurisdição consular americana era baseada não no costume ou uso, mas em direitos emanados de um tratado. No ponto, as razões apresentadas pela Corte não parecem suficientemente fortes. Embora ela sustente que a maioria dos Estados tinha direitos oriundos de tratados, também reconhece que certos Estados exerciam jurisdição consular com o “consentimento e aquiescência” do Marrocos. Para a Corte, no entanto, esse elemento não seria suficiente para concluir que os Estados Unidos possuíam o direito à jurisdição consular com base no “costume e no uso”. Vale ressaltar que a sentença não faz equivaler o “consentimento e aquiescência”, ainda que em relação a esses outros Estados, a um costume particular.¹¹

No caso, e diferentemente da postura geral adotada no *Caso do Asilo*, a Corte parece aqui adotar uma distinção muito estrita entre normas convencionais e normas costumeiras, de modo a impedir a aplicação concomitante das duas fontes. Isso é feito a partir de uma dicotomia entre aqueles Estados que detinham jurisdição consular com base em tratados e os que a possuíam com base no “consentimento e aquiescência” de Marrocos. O que não fica claro é como o “consentimento e aquiescência” podem ser separados do tratado, se este é uma forma clara de consentimento expresso.

O segundo fundamento apresentado é baseado no ônus da prova. Após transcrever o *Caso do Asilo*, a Corte entende que não há “prova suficiente” para concluir que o exercício da jurisdição consular era calcado em costume e uso. Não há, no entanto, uma fundamentação detida para se chegar a tal conclusão.¹²

⁸ *Ibidem*, p. 321.

⁹ *Ibidem*, p. 338.

¹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I.C. J. Reports 1952, p. 199.

¹¹ *Idem*, p. 199-200.

¹² *Ibidem*, p. 200.

Em relação ao segundo período, que tem como termo inicial a Convenção entre França e Reino Unido de 1937,¹³ a Corte fez uma análise de correspondências diplomáticas trocadas entre França e Estados Unidos a fim de avaliar se nela seria possível encontrar elementos para considerar a existência de costume e uso. Sua conclusão, no entanto, é que o propósito dessa troca de correspondência indica que os dois Estados buscavam uma solução para a questão, não pretendendo nenhuma parte abrir mão de suas posições jurídicas. Ocorre que, mesmo durante tal negociação, os Estados Unidos continuavam exercendo jurisdição consular. A Corte explicou a manutenção desse estado de coisas em virtude de uma situação provisória aquiescida pelas autoridades marroquinas.¹⁴

A sentença não deixa clara a diferença entre “costume e uso” e “aquiescência”. Este último conceito, no entanto, remete à explicação, relativa ao primeiro marco temporal, que a Corte deu ao comportamento dos Estados que exerciam jurisdição consular sem base em tratados. Porém também não fica claro se, para a Corte, a referida aquiescência ocorreria na presença ou na ausência de um tratado permitindo o exercício de jurisdição consular.

No caso, portanto, a CIJ não identificou nenhuma regra costumeira a obrigar as partes.

A opinião dissidente dos Juizes Hackworth, Badawi, Carneiro e Rau tratou da questão do “costume e uso” e discordou do posicionamento majoritário.

A premissa metodológica básica da dissidência é de que tratado, de um lado, e costume e uso (que chamam “usage and sufferance”), de outro, podem conviver. Essa parece a linha mais adequada ao seguimento do *Caso do Asilo* que, como já visto, estabelece uma relação estreita entre tratado e costume. Diferentemente da maioria, a opinião dissidente traz vários elementos que demonstrariam um uso prolongado relativamente ao exercício, pelos Estados Unidos, da jurisdição consular.¹⁵

2.1.3 Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano

O julgamento de mérito no *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, de 1960 (Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: ICJ Reports 1960, p. 6) foi a primeira oportunidade em que a CIJ constatou a existência de uma norma de direito internacional costumeiro particular. No caso, a norma em questão era aplicável à Índia e a Portugal.

Para chegar a tal conclusão, a Corte estabeleceu um marco inicial para a constatação da existência de prática que autorizava o direito de passagem de Portugal sobre o território indiano. Tal marco se deu com o início da colonização britânica e subsistiu após o período de independência do Estado indiano.¹⁶

A defesa da Índia contestou a possibilidade da existência de um costume apenas entre dois Estados. A Corte refutou tal argumento em um trecho que é referência obrigatória na literatura sobre direito internacional costumeiro particular:

“With regard to Portugal's claim of a right of passage as formulated by it on the basis of local custom, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no

¹³ A pertinência desse tratado ao caso tem a ver com a aplicação do princípio da nação mais favorecida. Por força desse tratado, o último Estado que gozava de privilégios no Marrocos – Reino Unido - deixou de tê-lo. Isso teria impacto exatamente sobre os direitos americanos, que não mais poderiam arguir a aplicação do princípio.

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *op. cit.*, p. 200-201.

¹⁵ *Idem*, p. 219-221.

¹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: ICJ Reports 1960, p. 37.

reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States”.¹⁷

A CIJ constatou, a partir dos elementos trazidos pelas partes, que havia prática suficiente para demonstrar que, no que se refere a pessoas privadas, funcionários públicos civis e bens em geral, teria havido uma prática “constante e uniforme” de modo a permitir o direito de passagem do Estado português. A Corte ainda pontificou que tal prática persistiu por um período que superou um século e um quarto sem alterações com a mudança de regime, após a Índia se tornar independente.¹⁸

Importante notar que a constatação da norma costumeira local – o direito de passagem – se deu em função do fato de que ela viabilizava “o exercício da sua soberania [de Portugal] sobre os enclaves, e sujeito à regulação e controle da Índia”. A norma costumeira, portanto, existia em decorrência de um direito que Portugal possuía por ter sido reconhecido como soberano.

Seja como for, a análise que faz a Corte da prática dos dois Estados é genérica, não adentrando os vários atos que a teriam constituído.

A sentença considerou que não havia um direito português, baseado no costume local, de passagem de forças armadas, polícia armada, armas e munições. Com relação a essas hipóteses, a CIJ considerou que a passagem era regulada com base na reciprocidade, e não como um direito.¹⁹ Isso porque Portugal precisaria sempre solicitar autorização, em tais hipóteses, para poder exercer a passagem sobre o território indiano. Tomadas as considerações do caso, a Corte entendeu que “this necessity for authorization before passage could take place constitutes, in the view of the Court, a negation of passage as of right”.²⁰

Nesse ponto, não parece muito clara a distinção que faz a sentença entre direitos e reciprocidade, uma vez que comumente direitos se baseiam em reciprocidade. A reciprocidade pode ser consubstanciada em qualquer norma, seja ela convencional ou costumeira. Também não é claro porque a Corte, ao constatar que mesmo que os britânicos sempre autorizassem a passagem, isso seria baseado na reciprocidade, e não em aquiescência. Nessa linha, uma possível contradição do argumento emerge se tomado o *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos* como referência. Tal qual anteriormente visto, a CIJ concedeu, naquele caso, grande importância ao princípio da aquiescência em detrimento de um possível costume particular.

Mesmo a sentença negando a existência de um costume local, no caso dessas últimas hipóteses, exsurtem dois elementos importantes da sentença: (1) a Corte faz uma análise da prática muito mais detalhada do que na primeira hipótese do mesmo caso. São trazidos diversos exemplos da prática que configurariam, na sua visão, reciprocidade, e não um direito – com uma correlata obrigação de passagem. (2) A maneira como a Corte trata a relação entre tratado e costume é muito mais dinâmica que no *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos*. Basicamente, a Corte tenta perceber como tratados estabelecidos podem dar origem à prática entre Estados. Assim, ainda que não se tenha encontrado prática suficiente para consubstanciar um costume com relação a tais hipóteses, o procedimento metodológico para lidar com as relações entre tratado e costume parece ter mudado significativamente, porquanto tratados são considerados como elementos para aferir a prática, juntando-se à prática posterior em relação a tais tratados. Em verdade, a metodologia pode não ter mudado, e sim retornado ao precedente estabelecido no *Caso do Asilo*.

Ao analisar o argumento de Portugal de que o direito de passagem também teria base no direito internacional geral, a Corte fez uma importante constatação no sentido de determinar que a prática particular prevalece sobre regras gerais. Vale a pena transcrever o texto:

¹⁷ *Idem*, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, p. 40-41.

²⁰ *Ibidem*, p. 40.

“The Court is here dealing with a concrete case having special features. Historically the case goes back to a period when, and relates to a region in which, the relations between neighbouring States were not regulated by precisely formulated rules but were governed largely by practice. Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules.”²¹

A dúvida que permanece, tomando o texto em consideração, é se a prevalência da prática particular sobre regras gerais é estabelecida como princípio ou apenas para o caso concreto, em virtude de as relações entre Portugal e Índia, na questão sob disputa, serem muito antigas. A segunda hipótese é mais provável, especialmente porque o caso concreto é referido expressamente. Isso não elimina a possibilidade, no entanto, de a Corte ter chegado a uma conclusão de que o particular prevalece sobre o geral por meio de um recurso lógico.

As opiniões em separado do caso são bastante ricas no que se refere à questão do costume particular.

A Opinião do Juiz V.K. Wellington Koo diverge da maioria no sentido de que, para ele, também nas hipóteses de forças armadas, polícia armada, armas e munições, havia um direito português. A opinião é muito substancial na análise dos elementos que formariam tal prática, trazendo diversos exemplos concretos. A metodologia quanto à relação entre costume e tratado, no entanto, parece ser a mesma da maioria: a de que os tratados podem ser considerados elemento da prática e a prática posterior também se refere a eles. Tratados, em sua visão, podem formalizar uma prática costumeira.²²

A maneira como o Juiz Koo lida com a caracterização do direito de passagem faz inserir a reciprocidade na própria prática. Para ele: “A practice had been established for such passage on a basis of reciprocity”.²³

O Juiz Armand-Ugon fez associar o princípio da efetividade à constituição da própria norma costumeira local. Para ele, a prática efetiva da passagem teria o condão de constituir o próprio direito a tal passagem.²⁴

Juiz Moreno Quintana parece conceber uma relação mais estanque entre tratado e costume. Para ele, o pedido de Portugal, que basearia o direito de passagem ao mesmo tempo tanto num tratado quanto no costume, em princípios e na doutrina, seria inconsistente.²⁵ Nesse ponto, parece se afastar da metodologia adotada pela maioria, inclusive a maioria dos votos dissidentes. Moreno Quintana chegou à conclusão de que não havia prática suficiente para se falar na existência de um costume local.²⁶

Para o Juiz Percy Spender, o tratado entrou no processo de formação da norma costumeira local.²⁷

O juiz Fernandes não compartilhou da contraposição entre direito e reciprocidade, porque “Most of the rights recognized between nations rest on a basis of reciprocity”.²⁸

Importante notar que Fernandes trata da questão da prevalência do *jus cogens* sobre as regras especiais.²⁹ No entanto, o argumento não é suficientemente desenvolvido em termos de contraposição entre normas cogentes e costume particular.

²¹ *Ibidem*, p. 44;

²² *Ibidem*, p. 60.

²³ *Ibidem*, p. 54.

²⁴ *Ibidem*, p. 82 - 83.

²⁵ *Ibidem*, p. 90.

²⁶ *Ibidem*, p. 95.

²⁷ *Ibidem*, p. 106.

²⁸ *Ibidem*, p. 134.

²⁹ *Ibidem*, p. 135.

2.1.4 Caso relativo a atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua

No *Caso relativo a atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment: I.C.J. Reports 1986, p. 14), a Corte, de maneira muito breve, abordou a questão do costume regional. No caso, tal costume teria uma incidência para todo o continente americano, nos seguintes termos: “customary international law [...] particular to the inter-American legal system”.³⁰

Ao se referir à expressão, a Corte pretendia sustentar que no direito internacional costumeiro particular ao sistema Interamericano não há regra que permita o exercício da legítima defesa coletiva sem uma solicitação do Estado que se considera vítima de um ataque armado.³¹

A referência ao direito costumeiro regional, no entanto, é feita sem nenhuma incursão sobre a prática regional. São apresentados os tratados que lidam, no continente americano, com a questão da legítima defesa coletiva, mas não é feita uma incursão sobre o processo de interação entre a normativa convencional e a normativa costumeira regional³² - como é feito, em longos trechos da sentença, sobre a relação entre tratados e costume geral.

Pode-se perceber que o rigoroso critério para a identificação das normas costumeiras particulares – como no *Caso do Asilo* – é aqui ignorado. Igualmente se pode notar que a Corte não procedeu à identificação da norma costumeira regional a partir da prova que uma das partes litigantes teria trazido ao caso. A CIJ parece ter procedido a tal identificação de ofício, o que reforça a leitura de que o ônus da prova para a identificação do costume parece ter uma característica mais procedimental que substantiva, como já assinalado nos comentários ao *Caso do Asilo*.

2.1.5 Caso relativo à Disputa Fronteira

Em 1986, a Câmara constituída para julgar o *Caso relativo à Disputa Fronteira*, envolvendo Burkina Faso e República do Mali (Frontier Dispute, Judgment: I.C.J. Reports 1986, p. 554) proferiu seu julgamento, que também possui relevância para a identificação das normas costumeiras particulares.

A importância do julgamento não reside propriamente no fato de a Câmara da Corte ter julgado com base em uma norma costumeira particular, mas no reconhecimento de que elas existem no direito internacional.

A fim de estabelecer os limites a serem adjudicados pelos Estados interessados, a Câmara da Corte fez uso do princípio do *uti possidetis*. Sustentou-se que o princípio era de natureza costumeira com aplicação apenas na América Latina, em seus primórdios. Ele teria, no entanto, sofrido um processo de generalização, de modo que a prática africana de respeito ao princípio já significaria a prática relativa a uma norma costumeira de caráter geral. Assim:

“The fact that the new African States have respected the administrative boundaries and frontiers established by the colonial powers must be seen not as a mere practice contributing to the gradual emergence of a principle of customary international law, limited in its impact to the African continent as it had previously been to Spanish America, but as the application in Africa of a rule of general scope”.³³

A Corte foi expressa no sentido de que a prática dos Estados africanos não foi constitutiva, porém declaratória do costume, ou seja, ela não ocorreu de modo a criar ou estender um princípio

³⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment: I.C.J. Reports 1986, p. 14.

³¹ *Idem*, p. 105.

³² *Ibidem*, p. 104 - 105.

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Frontier Dispute*, Judgment: I.C.J. Reports 1986, p. 565.

existente na América Latina para África: ela seria o reconhecimento de uma norma costumeira de caráter geral pré-existente.³⁴

O ponto obscuro do julgamento, em relação a esse último aspecto, reside no fato de não ter sido trazida prática suficiente de modo a corroborar tal processo de generalização. Não se sabe, por exemplo, de maneira razoável, quando a norma geral teria surgido. Pode-se supor que a norma costumeira geral teria se cristalizado depois do processo de descolonização dos Estados Latino-Americanos, porém necessariamente antes da descolonização dos Estados Africanos. Outrossim, a prática trazida é restrita aos Estados latino-americanos e africanos. Ainda que a norma costumeira possa se formar a partir da prática de Estados interessados, não seria razoável crer que a prática de Estados em diversas outras partes do mundo – inclusive em Estados que estavam sob o jugo de grandes impérios coloniais – haja de ser desconsiderada.

2.1.6 Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados

No *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*, que opôs a Costa Rica à Nicarágua (Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment: I.C.J. Reports 2009, p. 213), a Corte reconheceu um dos pedidos do primeiro Estado com base exclusivamente em uma norma costumeira particular, no caso, bilateral. O caso também é de singular importância porque a CIJ parece ter flexibilizado, de modo claro, os critérios para a prova do costume particular.

Antes de reconhecer o pedido costarricense, contudo, a Corte expressamente absteve-se de um pronunciamento sobre a existência de um regime aplicável à navegação de rios internacionais baseado no direito internacional costumeiro geral ou regional.³⁵ Como se sabe, há vários entendimentos doutrinários no sentido de que, ao menos na América do Sul, uma norma costumeira regional sobre liberdade de navegação em rios existiria.

No que tange ao pedido costarricense de reconhecimento de um costume bilateral no que se refere à pescaria de subsistência dos ribeirinhos do Rio San Juan, ele foi acolhido de maneira vigorosa. A CIJ entendeu que ambas as partes estavam de acordo no sentido de que reconheciam a existência de uma prática estabelecida de pescaria de subsistência. A diferença entre ambas se referia a saber se essa prática era ou não obrigatória. Em um trecho bastante sintético, a Corte definiu a existência de uma norma costumeira aplicável a Costa Rica e Nicarágua nos seguintes termos:

“The Court observes that the practice, by its very nature, especially given the remoteness of the area and the small, thinly spread population, is not likely to be documented in any formal way in any official record. For the Court, the failure of Nicaragua to deny the existence of a right arising from the practice which had continued undisturbed and unquestioned over a very long period, is particularly significant. The Court accordingly concludes that Costa Rica has a customary right. That right would be subject to any Nicaraguan regulatory measures relating to fishing adopted for proper purposes, particularly for the protection of resources and the environment”.³⁶

Tal posicionamento, levado às últimas consequências, significa uma reversão do posicionamento anterior sobre a prova do costume particular estabelecido, como já visto, no *Caso do Asilo*. Naquela oportunidade, a Corte determinou que o Estado que alega a existência de um costume regional deve provar que a outra parte está vinculada por essa mesma norma. No *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados* a Corte parece ter presumido a existência da *opinio juris* em virtude de a prática não ser documentada de nenhuma maneira formal em nenhum documento oficial. Isso fez o ônus da prova ser invertido para a Nicarágua, que não teria negado a existência de um direito surgido da prática de garantir a pesca de subsistência.

³⁴ *Idem*, p. 566.

³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment: I.C.J. Reports 2009, p. 233.

³⁶ *Ibidem*, p. 265 – 266.

Ainda que em relação a uma prática muito limitada, a CIJ realmente parece ter alterado o seu entendimento sobre a prova do direito internacional costumeiro particular. Importante notar que essa mudança não foi percebida pela Comissão de Direito Internacional que, nos comentários às conclusões sobre identificação do direito internacional costumeiro, cita o *Caso do Asilo* na parte sobre prova do costume particular sem referência a qualquer desenvolvimento jurisprudencial posterior.³⁷

Das vozes dissidentes, o único membro da Corte que percebeu a mudança de posicionamento em relação ao *Caso do Asilo* foi o Juiz Sepúlveda-Amor.

Em sua perspectiva, Costa Rica não teria provado que o direito costumeiro de pescaria de subsistência havia se tornado obrigatório para a Nicarágua, conforme estabeleceu o *Caso do Asilo*. Para ele, também, a invocação pela Costa Rica da norma costumeira não encontraria respaldo no elemento temporal, necessário para a formação do costume, porquanto apenas no memorial submetido à Corte, em 2006, teria ocorrido a alegação de existência da norma costumeira; antes disso a pescaria de subsistência não teria sido articulada na forma de um costume. Outro ponto relevante da opinião separada é que, para o Juiz Sepúlveda-Amor, a prática em questão teria sido efetuada pela comunidade local ribeirinha da Costa Rica e não pelo Estado costarriquenho – o que seria necessário para a formação do costume.³⁸

O juiz *ad hoc* Guillaume, embora não tenha se manifestado contrariamente a respeito da norma costumeira sobre pescaria de subsistência, pronunciou-se no sentido de que não existia na América Latina um direito à liberdade de navegação fundado no costume.³⁹

2.2. Das Opiniões Individuais de Juízes da CIJ que tratam explicitamente do costume particular

2.2.1 Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte

Nos *Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte* (North Sea Continental Shelf Cases, Judgment: I.C.J. Reports 1969), que envolveu, por acordo especial, a República Federal da Alemanha, a Dinamarca e os Países Baixos, não houve manifestação da CIJ, por meio da sentença de mérito, sobre o costume regional. Contudo, a opinião em separado do Juiz Fouad Ammoun, que concorre para o resultado majoritário, mas adota razões diversas, abordou o tema.

O caso tratava da delimitação de plataformas continentais adjacentes na região do Mar do Norte e, especificamente, a possibilidade de aplicação do método da equidistância.

Em dado momento de sua opinião em separado, o Juiz Ammoun perquiria sobre a possível existência de um costume regional peculiar ao Mar do Norte em matéria de delimitação e plataformas continentais.

Para ele, haveria uma diferença entre o costume geral e o regional. No primeiro caso, não seria necessário o consentimento de todos os Estados, mas, ao menos, o consentimento daqueles que, estando cientes da prática geral e se encontrando na posição de a ela se opor, não o fazem. O modo em que operaria a regra de direito internacional costumeiro regional seria diferente tendo em vista o pequeno número de Estados aos quais se pretende aplicar a regra. Na ausência de um consentimento expresso ou tácito, o costume regional não poderia ser imposto aos Estados que o recusam. Ele cita, então, para respaldar a sua posição, trecho da Sentença no *Caso do Asilo* que dispõe que a parte que se baseia num costume regional ou local deve provar que tal costume é obrigatório para as partes.⁴⁰

³⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*. A/73/10, p. 155-156. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf>

³⁸ *Idem*, p. 279-280.

³⁹ *Ibidem*, p. 291.

⁴⁰ Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment: I.C.J. Reports 1969, p. 131-132.

Tratando a questão sob a perspectiva do caso concreto, o Juiz Ammoun sustentou que a República Federal da Alemanha não poderia ser obrigada por uma hipotética regra costumeira regional que ela própria rejeita. Nesse sentido, enumera atos do Governo em questão que expressamente se oporiam a uma regra do tipo.⁴¹

Ao menos três temas exsurtem dessa manifestação.

Primeiramente, a maneira como o Juiz encara, de maneira geral, a própria ideia da norma costumeira, se dá a partir do referencial do consentimento, muito controverso, como se sabe, para explicar o costume.

Em segundo lugar, e ainda com relação ao papel do consentimento, o Juiz Ammoun admite a possibilidade de o costume particular regional ser formado a partir do consentimento tácito. Ainda que não explique quais as situações que configurariam esse tipo de consentimento, não se pode excluir que pretendesse ele referir-se ao silêncio de um grupo determinado de Estados. Assim sendo, ele poderia estar invertendo a ordem que a metodologia aplicada pela Corte no *Caso do Asilo* inaugurou: a de que não se presume o costume particular; por essa razão, ele sempre precisa ser provado. Em última análise, a sua interpretação do *Caso do Asilo* – que cita textualmente para respaldar sua posição – pode não estar adequada aos termos da própria sentença.

Ainda importante ressaltar a maneira como tratou a questão do ônus da prova. Os exemplos que traz da República Federal da Alemanha não são para estabelecer a prova da existência do costume regional, mas para estabelecer a prova de sua inexistência. Não teria sido provada propriamente a inexistência de um costume regional, mas apenas a sua não oponibilidade à República Federal da Alemanha.

2.2.2 *Caso da Jurisdição sobre Pesca (Reino Unido v. Islândia)*

No *Caso da Jurisdição sobre Pesca*, que envolveu Reino Unido e Islândia (Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment: I.C.J. Reports 1974, p. 3), tampouco a sentença de mérito da Corte Internacional de Justiça abordou especificamente a questão do costume particular. A opinião separada do Juiz De Castro, no entanto, o fez, ainda que de maneira ancilar e instrumental à análise sobre a identificação de uma norma internacional costumeira de caráter geral.

O caso envolvia a questão de saber se a extensão, por parte da Islândia, de sua jurisdição sobre pesca, era contrária ao direito internacional.

Tendo concordado com a maioria, o Juiz Frederico de Castro buscou enfatizar seus próprios fundamentos para alinhar-se à maioria da Corte.

A opinião em separado trata de diversos aspectos da sentença. A referência ao direito internacional costumeiro particular ocorre exatamente quando o Juiz busca analisar a questão da prova no costume internacional.

Utilizando o direito inglês como referência, o Juiz De Castro estabelece a existência de duas categorias de costume. Os costumes gerais (“general customs”) e os costumes particulares (“particular customs”). As normas costumeiras do segundo tipo, enquanto exceções, “aplicáveis aos habitantes de certas regiões”, teriam de ser provadas. Quanto às normas costumeiras gerais – que constituiriam o *common law* –, estas não precisariam sê-lo.⁴²

A partir dessa analogia, De Castro sustenta que o direito internacional costumeiro – que é de natureza geral e fundado na convicção geral de sua validade (*opinio iuris*) – não precisaria ser provado.

⁴¹ *Idem*, p. 132.

⁴² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, Separate Opinion of Judge De Castro, I.C.J. Reports 1974, p. 80.

A Corte o aplicaria *ex officio*. Somente os “costumes regionais ou práticas, assim como os costumes especiais, teriam de ser provados”.⁴³

Ao menos três questões são relevantes diante do pronunciamento do juiz De Castro.

Primeiramente, ele deixa claro – o que não ocorreu no *Caso do Asilo* – porque o costume particular precisaria ser provado. Isso ocorreria em virtude de uma clara analogia acerca do modo como o costume opera no seio do direito interno. Assim, em virtude da maneira como certos direitos internos se desenvolveram – no exemplo que fornece, o direito inglês – é promovido um recorte tanto no âmbito espacial (“certas regiões”) como no âmbito pessoal (“habitantes”) de validade do direito. Esse recorte teria impacto na questão da prova, já que os costumes particulares seriam exceções, e não a regra.

Em segundo lugar, pela maneira como o Juiz estrutura o seu argumento, não haveria uma distinção de natureza entre o costume particular e o costume geral. O fato de essa forma de costume particular ser excepcional não a tornaria menos costume ou um costume de segunda categoria, apenas influenciaria na questão sobre “o ônus da prova”. É exatamente esse termo que dá título ao item II de sua Opinião em separado. Ou seja, o costume particular teria o condão de alterar o ônus da prova, não propriamente de torná-lo algo diverso em relação ao costume geral.

Ainda se pode perceber o uso de certas expressões que não são devidamente esmiuçadas, ainda que todas eles remontem à questão da necessidade de prova: “costumes regionais”, “práticas” e “costumes especiais”. A primeira expressão parece auto evidente, pois se refere ao elemento geográfico. As duas últimas são mais obscuras: com relação à primeira, talvez o Juiz não estivesse sequer se referindo exatamente a uma norma costumeira; a segunda pode indicar um costume delimitado pela matéria – o que o tornaria “especial” – mas não se sabe ao certo o que pretendia dizer com elas.

Relevante notar que a opinião em separado ainda contém outra referência ao costume regional. Ao rejeitar uma regra costumeira sobre o estabelecimento de zonas pesqueiras de 200 milhas, o Juiz de Castro assim entende por ela não gozar de “uniformidade ou aceitação geral”. A falta desses elementos se imporia mesmo se ela fosse considerada uma regra costumeira “até de extensão regional”.⁴⁴

Ainda que a uniformidade seja exigível para o costume geral e o costume particular, a aceitação geral, no caso do segundo, tem de ser vista de maneira contextual, ou seja, a partir do recorte de certo número de Estados – o que não é explicado pela opinião em separado. Mesmo assim, o Juiz parece, ainda que indiretamente, ressaltar, novamente nesse trecho, que não existe uma diferença de natureza entre o costume geral e particular – tendo as suas diferenças implicações apenas para o domínio processual do princípio do ônus da prova. Por isso a uniformidade e a aceitação geral se aplicam tanto para o costume geral como para o costume (particular) regional.

2.3. Das Decisões de outros tribunais internacionais

2.3.1 OC-25/18 (Corte Interamericana de Direitos Humanos)

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a questão do costume regional.

Na Opinião Consultiva OC-25/18, sobre *A Instituição do Asilo e seu Reconhecimento como Direito Humano no Sistema Interamericano de Proteção (Interpretação e Alcance dos Artigos 5, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, a Corte pronunciou-se, ainda que de maneira sintética, sobre a caracterização do asilo diplomático como costume regional.

Para a Corte Interamericana, embora a Corte Internacional de Justiça, no *Caso do Asilo*, tenha sustentado que só se pode configurar um costume regional quando fique provada a “existência de um

⁴³ *Idem*, p. 80.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 95.

uso uniforme e constante como expressão de um direito do Estado outorgante do asilo”, tendo em vista o caráter amplo da competência consultiva no caso, o marco para a aferição da existência de um costume regional seriam os 35 Estados membros da OEA. Tal interpretação foi feita a fim de que não ficasse limitado o alcance de suas opiniões consultivas a apenas alguns Estados.⁴⁵

A análise sobre a *opinio juris* de um suposto costume regional sobre asilo diplomático foi feita com base em três elementos principais. Primeiramente, nem todos os Estados membros da OEA seriam partes nas convenções sobre asilo diplomático, sem contar que o texto de tais tratados não seria uniforme seja em sua terminologia seja em suas disposições. Em segundo lugar, alguns Estados que tomaram parte no procedimento consultivo se expressaram no sentido de que não haveria uma posição uniforme nem mesmo na sub-região latino-americana para se concluir que o asilo diplomático seria um costume regional. Sem contar que a maioria dos Estados que participaram no procedimento sustentaram que não há uma obrigação jurídica de conceder asilo diplomático. Terceiro, os Estados Unidos da América persistentemente se opuseram a uma norma costumeira regional sobre asilo diplomático.⁴⁶

Desse modo, a Corte Interamericana concluiu que não se encontrava presente o elemento *opinio juris* para identificar uma norma costumeira regional, embora reconhecesse a prática dos Estados de conceder, em determinadas situações, asilo diplomático ou proteção a indivíduos em suas legações diplomáticas.⁴⁷

O caso é realmente significativo porque, pela primeira vez, um tribunal internacional pôde tratar do tema fora de um caso contencioso – em que questões referentes ao ônus da prova são relevantes.

Independentemente da conclusão da Corte, é importante perceber que o continente americano foi considerado como um todo para o teste sobre a existência de um costume regional. Mesmo quando foi considerada a sub-região latino-americana, a Corte levou em conta apenas o pronunciamento dos Estados que participaram do procedimento consultivo para sustentar que não haveria uma “posição uniforme” sobre o caráter costumeiro do asilo diplomático. Não foi considerada a prática geral, tomando em conta todo o grupo sub-regional. Ademais, não foram considerados subgrupos ainda mais delimitados na sub-região latino-americana, ainda que seja compreensível que o exercício da jurisdição consultiva, no caso, tornasse difícil a tomada de posição quanto à questão em relação a um grupo muito específico de Estados latino-americanos.

Há elementos pouco claros para inferir a inexistência de um costume regional sobre o asilo diplomático, como o argumento de que não haveria uma obrigação jurídica de sua concessão. Tal argumento parece muito mais dizer respeito a uma regra primária sobre a concessão do asilo. A identificação de uma norma costumeira – que poderia ser verificada sem a obrigação de concessão do asilo diplomático, mas como uma prerrogativa do Estado – parece pertencer muito mais ao âmbito de uma regra secundária, pois seria uma regra sobre uma regra; uma regra para identificar a existência de outra regra.

Um dado adicional importante da opinião consultiva: a questão do princípio do objeto persistente é analisada à luz do costume regional – tema que não foi abordado pela Comissão de Direito Internacional em seu estudo sobre a identificação do costume particular e, de maneira geral, é ausente na análise doutrinária sobre o tópico específico. Isso porque, a partir da análise do comportamento dos Estados Unidos, ressaltando a oposição de longa data desse país ao direito de asilo, a Corte Interamericana parece concluir que o princípio se aplicaria ao costume regional.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, para. 158.

⁴⁶ *Idem*, paras. 159-161.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 162.

A extensão da figura do objetor persistente ao costume regional reforça o entendimento de que a norma costumeira regional não necessita de uma aceitação unânime por parte dos Estados, considerando um grupo específico deles. Ademais, tal conclusão gera um impacto significativo para a questão do ônus da prova, pois sugere que, em determinadas situações, deve-se provar que um costume não é oponível a certo Estado, e não o inverso.

2.4. Balanço geral da atuação dos tribunais internacionais em matéria de costume internacional particular

Em torno do *Caso do Asilo*, julgado em 1950, gravitaram os primeiros casos da CIJ sobre o costume particular. Entretanto, nos últimos anos, as decisões daquela Corte sobre o assunto têm demonstrado uma significativa modificação, que culmina com o *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*.

A visão restritiva que a CIJ desenvolveu no *Caso do Asilo*, especialmente no que se refere à necessidade de um Estado que alega a existência do costume particular provar que a parte contrária está por ele obrigada, pautou diversos outros casos julgados em sequência. Foi o que ocorreu no *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos*, de 1952 – ainda que de maneira pouco fundamentada – e no *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, de 1960 – ainda que a identificação do elemento prática internacional, em relação a um ponto da decisão, tenha sido feita de modo genérico. As opiniões em separado, nos casos em que a sentença não se manifestou sobre o costume particular, reforçam essa visão restritiva, porém mostram alguns espaços de abertura. A opinião em separado do Juiz Ammoun nos *Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte*, de 1969, enfatiza a necessidade de prova do costume particular, mas sustenta que sua aceitação pode ser tácita. Já no *Caso da Jurisdição sobre Pesca*, de 1974, o Juiz De Castro, ao ressaltar a necessidade de prova do costume regional, dá claros indicativos de que essa é uma questão referente ao ônus da prova em um determinado caso, e não necessariamente uma característica própria do costume regional face ao costume geral.

A partir do *Caso relativo a atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua*, de 1986, a posição da Corte Internacional de Justiça parece ter sido gradativamente modificada. Referências genéricas, sem análise mínima de provas – a favor ou contra – acerca da existência de norma internacional costumeira regional começam a surgir. O mesmo tipo de consideração genérica ocorre no *Caso relativo à Disputa Fronteiriça*, também de 1986.

O distanciamento em relação ao *Caso do Asilo* se intensifica ainda mais no *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*, de 2009. Nessa oportunidade, a Corte concluiu haver um costume particular – bilateral, no caso – pelo fato de a parte contrária, a Nicarágua, ter falhado em negar a sua existência. Ou seja, houve uma inversão do ônus da prova. Não se exclui que essa mudança de posição tenha ocorrido em virtude da temática em discussão, que envolvia uma questão sensível de direitos humanos, afetando a própria subsistência de populações ribeirinhas. Seja como for, tal posição demonstra uma tendência para afrouxar o teste rigoroso inaugurado pelo *Caso do Asilo*.

Desde o mesmo *Caso do Asilo*, a CIJ não respondeu explicitamente à questão de saber se a necessidade de prova do costume regional é um problema de natureza substantiva ou processual. Se se tratar de um problema substantivo, a própria existência de um costume particular está condicionada à prova de que determinados Estados estão por ela obrigados. Se a necessidade de prova se tratar de uma questão processual, a existência do costume não necessariamente estaria sendo colocada em jogo, mas apenas a sua oponibilidade a uma das partes, nos limites do caso contencioso em julgamento.

Um indicativo de que a prova do costume regional seria uma questão processual diz respeito à eventual inadmissibilidade de uma alegação baseada numa norma costumeira regional. Em nenhum dos casos acima, a CIJ tratou a prova como uma questão de admissibilidade. Por outro lado, é muito marcante, em diversas decisões, a caracterização da prova como uma questão referente ao “ônus” que alguma das partes terá em um caso judicial, ou seja, uma típica questão processual. Isso é muito claro na maneira com que a CIJ exige, no *Caso do Asilo*, que a Colômbia prove que o Peru está obrigado

pela norma costumeira particular. No *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, opiniões individuais fazem uma detida análise de provas trazidas por Portugal para demonstrar que existe um costume bilateral. Também o Juiz De Castro identifica a diferença entre costume geral e particular expressamente dentro de um item chamado “ônus da prova”. Por fim, no *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*, a questão se resolve em virtude do ônus da prova que é invertido da parte demandante para a parte demandada.

Os primeiros casos julgados pela CIJ levam em conta aspectos que, no correr dos anos, passaram despercebidos pelas decisões mais recentes.

A relação entre tratado e costume por vezes foi considerada de maior peso – como no *Caso do Asilo* e no *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano* – enquanto em outros não foi considerada suficientemente relevante – como no *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos*.

Reciprocidade - *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano* - e aquiescência - *Caso do Asilo*, *Caso relativo aos direitos de nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos* e *Caso relativo ao Direito de Passagem sobre o Território Indiano* - também foram consideradas elementos para identificar ou não uma norma internacional costumeira particular. Posteriormente, não tiveram maior presença em outros casos. Isso talvez se deva ao gradativo declínio – ainda que não o total desaparecimento – no uso, por parte da CIJ, das analogias privadas na sua interpretação do direito internacional.

A partir do *Caso relativo a atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* parece interferir na identificação do costume regional (e mesmo o ônus de sua prova) a existência de interesses coletivos gerais. Assim, a particularização do costume poderia contribuir – e não se opor – a tais interesses coletivos gerais. Foi assim que, no referido caso, normas sobre o uso da força foram identificados no nível regional americano – que coincidiam com normas em nível universal. E, no *Caso relativo à Disputa Fronteiriça*, o interesse de estabilização das fronteiras no mundo, especialmente tendo em conta o processo de descolonização, era candente para identificar que o *uti possidetis* teve origem regional, mas foi posteriormente universalizado. Por fim, no *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*, a norma costumeira bilateral foi encontrada dentro do arcabouço dos direitos humanos e, ainda mais, direitos relativos à sobrevivência de populações ribeirinhas. A proteção dos direitos humanos no nível local não colidiria, mas complementaria os direitos humanos em nível universal.

Não se pode excluir que o contexto em que a CIJ julgou os primeiros casos sobre costume regional exigiram de sua parte uma concepção de direito internacional que fazia opor as dimensões do localismo (às vezes revestida da forma de regionalismo) e do universalismo. Daí os critérios estabelecidos para a identificação das normas costumeiras serem bastante rígidos.

Igualmente não se pode excluir que a flexibilização nos critérios para a identificação da norma costumeira regional tenha sido uma consequência da metodologia gradativamente mais frouxa que a CIJ, ao longo dos anos, passou a aplicar para identificar o próprio costume geral.

No único caso identificado, fora do âmbito da CIJ, em que houve pronunciamento sobre o costume particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos claramente buscou interagir com a primeira citando o *Caso do Asilo* – embora desconsiderando outros casos posteriores.

A Corte Interamericana tomou em conta o critério estrito da prova do costume regional. Embora não se tratasse de um caso contencioso, mas consultivo, a aferição do elemento *opinio juris* considerou fortemente a posição dos Estados que se pronunciaram no procedimento consultivo. Ainda que o recorte para a identificação de uma possível norma costumeira regional tenha sido os 35 Estados Membros da OEA, uma avaliação sobre as posições de cada um não foi feita.

Tal qual o *Caso do Asilo*, a Corte Interamericana pôs um forte peso, para identificar a *opinio juris*, nos termos dos tratados regionais que dispunham regras sobre o asilo diplomático.

A Corte Interamericana se posicionou no sentido de que o princípio do objeto persistente parece não ser incompatível com o costume particular, ao descrever a posição dos Estados Unidos da América.

Seja como for, percebe-se que se havia potencialidades para que a Corte Interamericana se pronunciasse sobre questões acerca do costume particular fora do âmbito de um caso contencioso, também existiam claros limites para tanto. De fato, não seria razoável, tendo em conta o grupo amplo de 35 Estados membros da OEA, que a Corte Interamericana fizesse um recorte por sub-regiões de limites variáveis para afirmar categoricamente a existência de um costume regional. Caso avançasse essa ideia, a Corte Interamericana poderia dar um sinal equivocado sobre a desnecessidade de se considerar, de um ponto de vista jurídico, o sistema interamericano de direitos humanos como um todo, analisando-o de maneira fragmentada do ponto de vista sub-regional. No caso, a própria delimitação de um grupo amplo de Estados no qual um suposto costume regional operaria afetou, desde o início, a própria conclusão da Corte Interamericana sobre a identificação de tal costume regional.

PARTE III – DA DOUTRINA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO PARTICULAR

3.1. Introdução

O tema do direito internacional consuetudinário particular está longe de ser recente na literatura do direito internacional.

Já na primeira metade do século XX, doutrinadores admitiam explicitamente a possibilidade da existência de normas costumeiras que vinculassem apenas um grupo determinado de Estados.

Um bom exemplo de tal postura é a de Jules Basdevant, no curso geral que ministrou na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1936.

Basdevant admitia a possibilidade daquilo que chamava de “regra costumeira relativa” em virtude especificamente da prática dos Estados que havia se desenvolvido naquele sentido. Os exemplos que trazia, ainda que tratados de maneira pouco aprofundada, se referiam a regras costumeiras bilaterais sobre a extensão do mar territorial, o asilo diplomático no âmbito de Estados da América do Sul e mesmo a imunidade de visita de navios sob comboio. A possibilidade desse tipo de costume havia sido silenciada pelo art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, cuja redação o autor considerava “no seu conjunto, bastante imprecisa”. Ele clamava que, caso a referida Corte fosse chamada a se pronunciar sobre um costume relativo – matéria sobre a qual, entendia, ela ainda não havia tratado - não deveria se ater ao texto do art. 38.⁴⁸

O que mais chama atenção no tratamento dado por Basdevant ao tema é que ele claramente o inseria numa dicotomia entre geral e particular. Tais considerações estavam inseridas no Capítulo Primeiro do seu Curso, que sugestivamente era denominado “Concepção Universal e Relativismo no direito internacional” (“Conception Universelle et Relativisme en droit international”). A argumentação do jurista francês, ainda que considerasse a plena legitimidade do direito internacional relativo (não apenas costumeiro, mas também convencional), a inseria em um esquema mental de clara exceção. O direito internacional, por seus próprios fundamentos históricos, seria universal, cedendo espaço a que Estados estabelecessem regras particulares (ou relativas) entre si.⁴⁹

Uma preocupação significativa com o caráter universalista do direito internacional – como demonstrada por Basdevant - parece ser uma das razões pelas quais a doutrina não se interessou de maneira mais consistente pelo direito internacional costumeiro particular. Aliás, a ideia de universalismo no direito internacional, que tem origem no momento histórico de expansão do sistema jurídico internacional para o mundo extra-europeu, e que é calcada em uma concepção colonialista não

⁴⁸ BASDEVANT, Jules. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Tome 58, 1936, p. 486 - 487.

⁴⁹ *Idem*, p. 483 - 491.

só do direito, mas também da política internacional,⁵⁰ abria pouco espaço para a discussão de um costume vinculando apenas um grupo específico de Estados. A universalização do direito internacional foi rapidamente associada à ideia de unidade do sistema jurídico internacional;⁵¹ o costume particular trazia muito mais questionamentos que soluções para a ideia de um direito internacional universal.

Mas parece haver também uma razão, de ordem mais pronunciadamente técnica, que explica o pouco interesse no direito internacional costumeiro particular.

A partir da segunda metade do século XIX, o costume internacional passou gradativamente a ocupar, enquanto fonte do direito internacional, um espaço de menor primazia nas obras dos internacionalistas. Os movimentos de codificação e crescimento exponencial do tratado para regular as relações jurídicas internacionais ocorreram em nítido detrimento da fonte consuetudinária.⁵² Nesse cenário, investigações sobre o costume e, ainda mais específicas, sobre o costume particular, eram relegadas a segundo plano.

Não se pode negar que, paralelamente à tendência universalista defendida pela maior parte da doutrina internacionalista, uma consciência de identidade regional – do ponto de vista jurídico – ia se formando, também desde o século XIX, em algumas localidades. No continente americano e, especificamente, no subcontinente latino-americano, uma noção de regionalismo jurídico ganhava força de modo a englobar não apenas a elaboração de tratados entre os Estados da região, mas também a identificação de princípios gerais e regras costumeiras aplicados localmente. Entretanto, estudos específicos sobre o costume particular, durante o século XIX e a primeira metade do século XX, foram raros, se não inexistentes; o tratamento do tema era comumente feito de maneira genérica na reflexão sobre a existência de um direito internacional americano ou, ao menos, de uma aplicação especial do direito internacional ao continente americano ou subcontinente latino-americano.⁵³

Não é à toa que, não obstante a ausência de estudos sistemáticos sobre o tema, a Corte Internacional de Justiça tenha sido primeiramente chamada a se pronunciar sobre o costume particular em relação a um caso envolvendo dois Estados do continente americano. A América era o cenário ideal – embora ainda não totalmente desenvolvidas de maneira sistemática, do ponto de vista da dogmática do direito internacional, as implicações do reconhecimento de normas americanas próprias de direito internacional – para uma discussão mais profunda sobre o direito internacional consuetudinário particular.

⁵⁰ Sobre tal processo de “universalização”, com suas contradições e tensões internas, ver BECKER LORCA, Arnulf. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. Nº 2, 2010, p. 475-552.

⁵¹ Do modo como disseminada entre vários internacionalistas, a concepção mesma de unidade formal do sistema jurídico internacional é intrinsecamente associada à sua própria universalidade, como dá conta P.M. Dupuy, que também enfatiza o papel do Estado nessa relação: “Qu’est-ce qui donne à l’ordre juridique international général, de portée par définition universelle, l’unité de ses formes, c’est-à-dire, en premier lieu, de ses modes de production et d’application des normes ? A cette question, on peut d’emblée apporter une réponse simple: c’est l’Etat. Depuis ses origines, on l’a vu plus haut, c’est en raison de la nature particulière de ses sujets primaires que cet ordre juridique original doit son unité”. DUPUY, Pierre-Marie. *L’Unité de l’ordre juridique international*. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. Tome 297, 2002, p. 93.

⁵² Diversos internacionalistas da época, como, por exemplo, Ernest Nys, a partir do recurso à analogia doméstica, viam o costume ser paulatinamente substituído pela fonte convencional no direito internacional. Ainda que pudesse advir o risco de imobilidade do sistema – que não mais contaria com a flexibilidade do costume – o Judiciário e a arbitragem internacional completariam e desenvolveriam os códigos internacionais. Ver NYS, Ernest. *Codification of international law*. *American Journal of International Law*. Vol. 5. Nº 4, 1911, p. 871-900.

⁵³ As referências básicas para a questão são as obras de Alvarez e Sá Vianna que demonstram não apenas o caráter um tanto abstrato – em detrimento, por exemplo, de uma discussão mais específica e sistemática sobre as fontes do sistema – do debate sobre a existência de um direito internacional americano, mas as possibilidades – e dificuldades – de encarar o direito internacional sob uma perspectiva regional. Ver ALVAREZ, Alejandro. *Le droit international Américain*. Paris: Pedone, 1910 e SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza. *De la non-existence d’un droit international américain*. Rio de Janeiro: L. Figueiredo, 1912.

Mesmo assim, o julgamento do *Caso do Asilo*, pela Corte Internacional de Justiça, em 1950, não despertou imediatamente um interesse no tema pela doutrina mais influente. Muito provavelmente isso se explica porque, como se viu, a Corte Internacional de Justiça, além de não identificar a existência de uma norma consuetudinária particular de caráter regional, estabeleceu um critério muito rigoroso para a sua identificação – que, no futuro, dividiria a doutrina sobre se era ele próprio do costume particular ou extensível ao costume geral.

Em um dos primeiros comentários ao *Caso do Asilo*, feito por Herbert Briggs, a questão da prova do direito internacional costumeiro era colocada em evidência, ao invés da particularidade do costume em virtude do contexto regional ou sub-regional americano. Briggs aparentemente apoiava a conclusão da Corte porque não se podia identificar um “uso uniforme e constante, aceito como direito” com relação à regra sobre qualificação unilateral e definitiva do asilo. Os fatos que haviam sido levados à Corte revelariam muita “incerteza e contradição, muita flutuação e discrepância no exercício do asilo diplomático”.⁵⁴

Ou seja, Briggs não estava tão interessado em analisar o caso sob a perspectiva de um costume vinculante apenas a um número determinado de Estados, mas no método utilizado pela Corte para identificar uma norma costumeira – que, a propósito, não variaria conforme o número de destinatários da norma – em nível universal ou regional. A particularidade do sistema jurídico internacional era, assim, engolfada por uma perspectiva rigidamente universal.

Outros comentários eram mais simpáticos ao argumento de que a Corte Internacional de Justiça deveria ter se atido com mais vagar na questão do regionalismo no direito internacional, mas igualmente não enveredaram em específico na questão sobre a formação da norma consuetudinária particular.⁵⁵

Foi somente no começo da década de 1960 que as análises mais sistemáticas sobre o costume particular começaram a surgir. Claramente isso se deve ao fato de que, após o *Caso do Asilo*, a Corte Internacional de Justiça julgou, em 1952, o *Caso Relativo aos direitos dos nacionais dos Estados Unidos no Marrocos* e, em 1960, o *Caso Relativo ao direito de passagem pelo território Indiano*.

Especialmente o último caso, em que a Corte Internacional de Justiça explicitamente reconheceu a possibilidade da existência de um costume particular (bilateral, no caso), parece ter sido o grande estímulo para que a doutrina buscasse entender de maneira mais detida e sistemática o costume particular no direito internacional.

Entretanto, tal caráter mais sistemático no tratamento do tema também gerou como consequência a sua discussão no âmbito de um debate mais alargado entre voluntaristas e não-voluntaristas. Constantemente, os autores voltavam à questão da prova do costume particular e a sua compreensão como expressão de consentimento do Estado. É provável que a publicação de pioneiro artigo de Cohen-Jonathan tenha estimulado bastante o tratamento do costume no âmbito de tal debate. Porém, o próprio julgamento do *Caso do Asilo*, em 1950, também serviu de incentivo para tanto. Com o correr dos anos, o debate sobre voluntarismo foi perdendo fôlego para uma abordagem que considerava o direito internacional consuetudinário particular como um elemento próprio do sistema jurídico internacional – embora algumas vezes de maneira desconfortável. Uma constante, no debate doutrinário, contudo, é o fato de ele ser quase sempre pautado por decisões de tribunais internacionais. A doutrina assume um papel nitidamente defensivo e pouco inovador na questão.

No próximo item, buscarei analisar criticamente trabalhos que se dedicam a analisar o costume particular de uma maneira sistemática, e que de um modo ou de outro o inseriram no debate entre

⁵⁴ BRIGGS, Herbert W. The Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law. *American Journal of International Law*. Vol. 45, N° 4, 1951, p. 731.

⁵⁵ Por exemplo, VAN ESSEN, J. L. F. Some reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 1. N° 4, 1952, p. 533-539.

voluntaristas e não-voluntaristas. Com isso, pretendo expor as opções que as correntes doutrinárias tomaram em relação ao tratamento da questão no tempo. Em seguida, analisarei as obras que paulatinamente puderam se desvencilhar de tal debate por meio do reconhecimento – ainda que tímido – do potencial do direito internacional consuetudinário particular. Tal exposição, assim penso, pode abrir caminho para novas possibilidades de análise sobre o costume particular, especialmente no continente americano.

3.2. Costume particular entre voluntarismo e não-voluntarismo

Durante a década de 1960, houve uma explosão de publicações sobre o direito internacional consuetudinário particular, especialmente em sua vertente bilateral. Não há dúvidas de que a principal razão da grande quantidade de publicações no período tenha sido o julgamento, em 1960, do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*. O caso foi, como já se viu, a primeira ocasião em que a Corte Internacional de Justiça reconheceu a existência de modo inequívoco de normas internacionais consuetudinárias particulares.

O artigo de Cohen-Jonathan, intitulado “La Coutume Locale”, é a primeira importante tentativa de compreensão, de uma maneira ordenada e sistemática, do costume particular. Publicado originalmente em 1961, no *Annuaire Française de Droit International*, trata-se, muito provavelmente – em virtude especialmente das referências posteriores a ele feitas – do trabalho doutrinário mais influente sobre direito internacional costumeiro particular já escrito.

As linhas iniciais do artigo situam bem as suas ideias dentro da tensão entre universalismo e particularismo. Nesse sentido, a sua primeira alusão é ao debate Álvarez/Sá Vianna sobre a existência de um direito internacional americano. Esse debate revelaria que a sociedade internacional admitia – ainda que de maneira temperada – o relativismo jurídico.⁵⁶ Sendo o universal e o particular capazes de coexistir, uma investigação mais sistemática sobre o direito internacional particular não traria propriamente riscos à unidade do sistema jurídico internacional.

O artigo, dividido em duas grandes partes, buscava primeiramente analisar a existência do costume local como fonte de direito internacional – discutindo as controvérsias doutrinárias sobre o assunto e a consagração, na jurisprudência da CIJ, do costume local – e em seguida enveredar nos aspectos referentes à natureza jurídica do costume local – que buscava distingui-lo do costume geral e do acordo tácito.

A estratégia do autor era clara: demonstrar os equívocos dos doutrinadores que sustentavam a não-existência do costume local, por meio de argumentos lógicos e da própria jurisprudência da CIJ. Também pretendia consagrar um espaço específico para o costume local em face de institutos similares como o acordo tácito ou o *estoppel*. Mas o pano de fundo propriamente dito do artigo era uma defesa de argumentos não-voluntaristas para a justificação do costume internacional – e o costume local, em específico – como fonte do direito internacional.

Sua própria definição de costume local – baseada no número restrito de Estados - era relacional, ou seja, se afirmava em contraposição ao costume universal. Contrastava, ainda, com a noção de costume especial, baseada no objeto da regra e não na extensão do grupo que ela rege – o critério que buscava enfatizar.⁵⁷

Analisando o posicionamento doutrinário sobre o assunto, o autor identificava aqueles que negavam a existência do costume local – configurando-o como um acordo tácito, ou seja, um tratado não escrito – e a corrente positivista, agregada pela doutrina soviética, que só conseguia justificar o costume local recorrendo à ideia de um consentimento tácito.⁵⁸

⁵⁶ COHEN-JONATHAN, Gérard. La coutume locale. *Annuaire français de droit international*. Vol. 7, 1961, p. 119.

⁵⁷ *Idem*, p. 120.

⁵⁸ *Idem*, 121 - 123.

Ambas as posições, em sua perspectiva, eram insuficientes para compreender o costume local, devendo ceder espaço para uma perspectiva não-voluntarista da questão.⁵⁹ Tal qual uma norma costumeira geral, a norma costumeira local também seria dotada de ambos os elementos – objetivo e subjetivo. O que a caracterizaria seria sua existência enquanto emanção de uma sociedade jurídica particular. Por sua vez, o que caracterizaria uma comunidade jurídica restrita seria a consciência comum entre dois ou mais sujeitos de direito de uma certa necessidade social, que se exterioriza em comportamentos concordantes.⁶⁰ Nem o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça seria um empecilho para o reconhecimento do costume local. O dispositivo, em si mesmo defeituoso e impreciso, ao aludir ao termo “geral”, não se referiria necessariamente ao elemento espacial, mas à continuidade de aplicação no tempo.⁶¹ Com isso, Cohen-Jonathan se esquivava da crítica mais óbvia – baseada na literalidade dos termos da norma - feita pelos negadores do costume local, ao mesmo tempo em que retirava do art. 38 uma exclusividade na definição sobre a extensão dos elementos que compõem quaisquer normas costumeiras. O autor ainda fazia questão de assinalar que a existência de uma região determinada não esgotava o caráter local da norma costumeira, que poderia se manifestar em níveis menores, como o sub-regional, dispensando-se um assento territorial predeterminado.⁶²

A análise então partia para o estudo dos casos, iniciando-se com o *Caso do Asilo*, perante a Corte Internacional de Justiça.⁶³

Sua posição não-voluntarista claramente ampliava as possibilidades de alguns julgados da CIJ. No *Caso do Asilo*, ainda que a Corte não tivesse identificado norma costumeira regional sobre o asilo, via no julgado a consagração de que costumes locais mais restritos ao costume regional poderiam surgir ou mesmo que naquele julgado se havia entendido que a ausência de um ato de não-reconhecimento de um costume local por parte de um Estado poderia ser considerado como seu reconhecimento tácito.⁶⁴ No *Caso da Jurisdição de Pesca*, ainda que a CIJ não tenha, em nenhum lugar de seu julgamento, feito uso do termo costume particular ou seus correlatos, Cohen-Jonathan entendia que teria havido implicitamente o reconhecimento de um costume local entre Noruega e Reino Unido, constituído pela ação positiva da primeira e a abstenção do segundo.⁶⁵

O pressuposto não-voluntarista do autor, no entanto, gerava claras tensões internas em sua argumentação, como no caso da distinção que buscava desenvolver entre costume local e costume geral. Para ele, o costume local poderia ser entendido analogicamente a um acordo restrito: a norma liga as partes que participaram da sua formação e apenas elas. Citando o *Caso do Asilo*, entendia que o costume local não poderia se estender a um Estado que o repudiasse ou que não o reconhecesse expressa ou tacitamente, a ele aderindo por sua atitude (o que, para além do simples silêncio, exigiria uma vontade positiva ou uma abstenção qualificada).⁶⁶ Contudo, uma analogia tão estrita entre o costume e o tratado (acordo restrito) gera importantes indagações, ao aproximar mais ainda a ideia de costume local à de um acordo tácito. Nesse viés, não seria simplesmente mais fácil, na linha de autores que Cohen-Jonathan havia criticado, associar completamente o costume local a um acordo tácito?

Em um tópico específico, o autor revolve aquelas que, em sua perspectiva, seriam as diferenças entre costume local e acordo tácito: (1) o caráter de repetição ocorre no primeiro e não no segundo - por conta de tal critério, nas duas opiniões consultivas da CPJI – Danzig e Comissão Europeia do Danúbio – teria havido a constatação de um costume local, e não um acordo tácito, porquanto basearam-se na ideia de continuidade; (2) no costume local há *opinio juris*, que se forma de uma

⁵⁹ *Idem*, p. 125.

⁶⁰ *Idem*, p. 126.

⁶¹ *Idem*, p. 122.

⁶² *Idem*, p. 122.

⁶³ *Idem*, p. 128.

⁶⁴ *Idem*, p. 129.

⁶⁵ *Idem*, p. 131.

⁶⁶ *Idem*, p. 133.

prática lenta que se manifesta progressivamente, não obrigatoriamente ao mesmo momento, e nem sempre com um mesmo grau de intensidade; (c) o *treaty-making power* é necessário para o acordo tácito e não para o costume local.⁶⁷

No entanto, com exceção da primeira diferença – que é, em si mesma, uma leitura controversa das opiniões consultivas – as demais razões para separar costume local de acordo tácito eram mais conceituais que baseadas na prática dos Estados ou na jurisprudência dos tribunais internacionais. O fato é que o limite entre as duas figuras era especialmente moldado pela postura teórica defendida pelo autor. A depender da adoção de outros pressupostos teóricos, poder-se-ia chegar a uma confusão entre costume local e acordo tácito. Mais fácil seria admitir que a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça resolveu o problema definindo que o costume local é reconhecido no direito internacional – a despeito das posições doutrinárias que podem discordar da constatação daquele órgão judiciário.

Cohen-Jonathan concordava com o critério rigoroso desenvolvido pela CIJ no *Caso do Asilo* de que a parte que alega o costume particular precisa demonstrar que a parte contrária o aceita. Ele enquadra tal exigência como uma questão de ônus da prova. Este recai sobre quem alega o costume particular porque um Estado que funda seu direito sobre uma prática particular deve provar sobretudo porque esse direito corresponde à limitação da soberania do Estado territorial.⁶⁸ Contudo, essa associação do costume particular a uma limitação da soberania de certo Estado deflui exclusivamente dos casos julgados pela CIJ. Não fica demonstrado como um costume local sempre estaria associado a uma questão de limitação de soberania – a não ser que se entenda que toda e qualquer norma de direito internacional é uma limitação à soberania estatal.

Nas últimas páginas do artigo, Cohen-Jonathan se dedicaria a analisar as interações entre costume geral e costume local. Em caso de conflito, dava preferência ao costume local, baseando-se no *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*. Também não compactuava com a tese de que costumes locais somente podem surgir de lacunas do costume geral.⁶⁹

Ao final, ainda que não visse os costumes locais como podendo atentar contra a unidade do direito internacional – pois atendiam a exigências sociais particulares – chamava atenção para costume locais que possuíam um objeto mais geral e que ligavam um grande número de Estados. Nessa situação, entendia que o direito especial deveria sempre estar fundado no direito geral, sob pena de conduzir à fragmentação do sistema jurídico internacional.⁷⁰ Aqui Cohen-Jonathan dava o claro indicativo de que o particularismo no direito internacional não poderia existir autonomamente ao seu universalismo. Em última análise, o primeiro guardava algum tipo de subordinação ao segundo.

No mesmo ano de 1961, Paul Guggenheim publicava um artigo, “*Lokales Gewohnheitsrecht*”, que pretendia dar expressão doutrinária aos argumentos que já havia trazido no *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, de 1960, quando atuou como agente do Governo da Índia.⁷¹ Talvez por esse motivo, o artigo não adentra em considerações teóricas de ordem mais profunda nem é suficientemente sistemático. Ele busca, em verdade, contestar os argumentos que levaram a Corte Internacional de Justiça a reconhecer uma norma consuetudinária de caráter bilateral entre Portugal e Índia.

Guggenheim não era contrário à existência de qualquer tipo de norma consuetudinária internacional particular, mas apenas àquelas puramente bilaterais – as quais associava,

⁶⁷ *Idem*, p. 137-139.

⁶⁸ *Idem*, p. 134-135.

⁶⁹ *Idem*, p. 135-137.

⁷⁰ *Idem*, p. 140.

⁷¹ Os procedimentos escritos e orais do caso podem ser encontrados em <https://www.icj-cij.org/en/case/32>

terminologicamente, ao direito internacional consuetudinário local. Ele reconhece expressamente – e citando o *Caso do Asilo* – a possibilidade de um direito internacional consuetudinário regional.⁷²

Para ele, quando foi reconhecido, por um tribunal internacional, que uma prática bilateral de dois Estados era obrigatória, isso poderia remontar a uma declaração unânime de intenção das partes – e, portanto, a um elemento contratual. E cita, nesse sentido, a Opinião Consultiva da Corte Permanente de Justiça Internacional sobre a Cidade Livre de Danzig e a Organização Internacional do Trabalho.⁷³

E o cerne de sua argumentação era que a norma consuetudinária internacional bilateral, quando não poderia ser reduzida a uma norma consuetudinária internacional geral, seria necessariamente reduzida a um acordo não escrito.⁷⁴ Isso porque um costume bilateral, para existir, precisaria do consentimento de ambas as partes – uma unanimidade – e isso o levaria a ser considerado um acordo.⁷⁵

Pelas poucas referências em escritos de outros autores, o artigo de Guggenheim não produziu impacto significativo na doutrina sobre direito internacional consuetudinário particular, muito provavelmente por se opor frontalmente à conclusão que a Corte tomou no *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*. Sua linha de argumentação, no entanto, é interessante porque encontra a base para a refutação da existência de normas internacionais consuetudinárias bilaterais justamente na distinção estrita entre tratado e costume. Para ele, uma das características essenciais do costume é a possibilidade de sua obrigatoriedade sem o consentimento unânime – algo inviável no direito internacional consuetudinário bilateral. Disso se extraem duas consequências.

Primeiro, aparentemente é utilizado um argumento anti-voluntarista para refutar o direito internacional consuetudinário bilateral. Segundo, por sua própria argumentação, há a possibilidade de normas internacionais consuetudinárias regionais sem unanimidade – porque é isso mesmo que as torna consuetudinárias: a ausência de unanimidade. O paradoxo de tais consequências é que a negativa da existência de uma norma internacional consuetudinária bilateral normalmente era associada a um argumento voluntarista. Assim sendo, o artigo de Guggenheim antecipava uma tensão entre voluntarismo e anti-voluntarismo que permitiria, às vezes, a sua fusão ou a inversão de polos, defendendo o voluntarista a existência de tal costume e, um anti-voluntarista, a sua inexistência - como ocorrerá com obras doutrinárias posteriores.

Em 1962, Christian Dominicé se propôs o exercício de verificar se havia algum costume bilateral entre Suíça e Alemanha e Suíça e Itália que regesse o direito de passagem para os territórios encravados de Büsingen e Campione. O motivo de tal exercício era o julgamento do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, julgado, como se sabe, no ano anterior. “Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse” é um artigo em que Dominicé demonstra um apurado domínio de diversos conceitos jurídicos internacionais, mas que parece ter sido escrito com uma conclusão predeterminada, pois nenhuma hipótese que levantava – e o artigo é calcado em argumentos sucessivamente alternativos – dava azo a justificar a existência de uma norma consuetudinária bilateral. Como o artigo era inspirado numa constatação inequívoca da Corte de que costumes bilaterais existem, ele não poderia negar tal fato; poderia, contudo, retirar a relevância prática desse tipo de costume ao fazer uma análise empírica e constatar que os elementos que julgava necessários para o surgimento do costume bilateral não haviam sido cumpridos.⁷⁶

As conclusões do artigo parecem pré-determinadas porque as respostas negativas de Dominicé sobre a identificação de normas internacionais consuetudinárias bilaterais eram baseadas numa concepção muito fixa da relação entre tratado e costume. O autor abria pouco ou mesmo nenhum

⁷² GUGGENHEIM, Paul. Lokales Gewohnheitsrecht. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 11, 1961, p. 329.

⁷³ *Idem*, p. 330.

⁷⁴ *Idem*, p. 330-331

⁷⁵ *Idem*, p. 333.

⁷⁶ DOMINICÉ, Christian. Coutume Bilatérale et Droit de Passage sur Territoire Suisse. *Annuaire Suisse de Droit International*. Vol. 19, 1962, p. 71-102.

espaço para entender que tais fontes poderiam se superpor na regulamentação de determinadas condutas – o que parece fugir da lógica em que se baseou a Corte para decidir o caso que inspirou o artigo, em que a relação entre tratado e costume foram abordadas de maneira dinâmica. Por exemplo, para ele, a prática da Suíça anterior a tratados que dispunham sobre o direito de passagem sobre seu território, mesmo se tivesse origem em um costume bilateral, não poderia ser restabelecida. A eventual extinção dos tratados geraria uma situação de anomia sobre o assunto.⁷⁷

Ainda que seu estudo fosse empiricamente restrito, ele retirava consequências gerais sobre o costume bilateral, como: a impossibilidade de derogar normas gerais; para a fixação de condições de sua prova, era preciso ter em conta a regulamentação geral; uma prática desenvolvida sob o pálio de um tratado não poderia conduzir à criação de um costume bilateral; um tratado que codifica um costume bilateral faz este último desaparecer, a não ser que isso tenha sido expressamente excluído de seu texto; e a mesma regulamentação de um assunto em vários tratados não pode dar origem a um costume bilateral.⁷⁸

Concluía que o julgamento do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano* dava a ilusão de muitas perspectivas de aplicação do costume bilateral; essas perspectivas, porém, de fato, eram bastante modestas.⁷⁹

Ainda que Dominicé não se filie explicitamente ao voluntarismo, sua perspectiva de existência restrita do costume bilateral cumulada com uma clara preponderância da fonte convencional no plano das relações bilaterais entre os Estados levava-o a praticamente negar a existência desse tipo específico de costume. A razão dessa negativa tinha a ver com a dificuldade de associar o consentimento estrito dos Estados para se obrigarem no plano jurídico internacional por uma norma consuetudinária.

No continente americano, a primeira reflexão mais sistemática sobre o direito internacional consuetudinário particular a partir do julgamento pela Corte Internacional de Justiça do *Caso sobre o Direito de Passagem sobre o Território Indiano* foi o artigo de Julio Barberis, publicado em 1962, “La Costumbre Bilateral en Derecho Internacional Público”.

O artigo era claramente estruturado a partir de uma abordagem indutiva. Para responder à pergunta se a norma costumeira bilateral era instituída pelo procedimento de formação de normas costumeiras gerais ou pelo procedimento de elaboração de tratados, o autor recorria inicialmente à jurisprudência arbitral e da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça.⁸⁰

Barberis remonta o reconhecimento do costume bilateral a casos mais antigos do que outros autores faziam, radicalizando, assim a estratégia de legitimação pelo passado já adotada por Cohen-Jonathan. O primeiro reconhecimento desse tipo de costume teria ocorrido, em sua visão, na sentença da Corte Permanente de Arbitragem no *Caso dos Arrendamentos Perpétuos no Japão*, de 1905, quando vários acordos entre Japão e Estados Europeus haviam engendrado a criação de um costume bilateral. Ele entendia que a Corte Permanente de Justiça Internacional também havia reconhecido o costume bilateral no *Caso da Cidade Livre de Danzig e a Organização Internacional do Trabalho*, mas entendia que, na *Opinião Consultiva do mesmo Tribunal sobre a Comissão Europeia do Danúbio*, o mesmo não teria ocorrido. Naquela ocasião, assim entendia, a CPJI teria apenas reconhecido uma prática posteriormente convertida em um direito consubstanciado em instrumento convencional.⁸¹

A análise, em especial do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, de 1960, fazia o autor concluir que o costume bilateral era, de fato, direito internacional consuetudinário. Para

⁷⁷ *Idem*, p. 89.

⁷⁸ *Idem*, p. 102.

⁷⁹ *Idem*, p. 102.

⁸⁰ BARBERIS, Julio. La Costumbre Biltareal en Derecho Internacional Público. *Revista Juridica de Buenos Aires*. Vol. 2. Nº 1, 1962, p. 313-324.

⁸¹ *Idem*, p. 314-318.

tanto, analisava a questão sob três elementos de diferenciação entre tratado e costume: (a) o costume, diferentemente do tratado, pode ser estabelecido pela atividade de órgãos que não possuem necessariamente a capacidade de representar o Estado no plano internacional; isso ocorria com o costume bilateral; (b) o critério de que é característica da norma costumeira obrigar terceiros seria impossível de aplicação no caso do costume bilateral, pois a necessidade de consentimento de ambas as partes não forneceria elementos para fazê-lo distinguir-se do acordo tácito; entretanto, ele frisava que discordava de Guggenheim pois, para este, a norma costumeira deveria necessariamente ser obrigatória para terceiros Estados, enquanto para Barberis, ela apenas poderia ser obrigatória para terceiros; (c) a necessidade de repetição de atos de maneira ininterrupta e constante, diferentemente do tratado, que surge do acordo de vontade, estaria presente no costume bilateral, e permitiria que ele fosse enquadrado como norma costumeira.

Embora o artigo de Barberis seja curto e não faça grandes incursões teóricas sobre o costume bilateral ou outras formas de direito internacional consuetudinário particular, sua intenção era clara de juntar esforços para afirmar a possibilidade do costume bilateral com recurso à autoridade de casos julgados por tribunais internacionais arbitrais e permanentes. Nesse sentido, como a Corte Internacional de Justiça, no momento do julgamento do caso de 1960, parecia se inclinar mais por uma postura que se afastava do voluntarismo estrito ao reconhecer a possibilidade de um costume bilateral, Barberis parecia também se unir a tal esforço.

No final de década de 1960, Anthony D'Amato publicava no *American Journal of International Law* um artigo denominado "The Concept of Special Custom in International Law".

Ao mesmo tempo que o autor afirmava a existência do costume particular, que preferia denominar "costume especial", o seu objetivo principal era, a partir da jurisprudência da CIJ, isolar a necessidade de cumprimento do requisito do consentimento para esse tipo de costume. Trata-se, portanto, de uma tentativa de também tratar do assunto dentro da perspectiva de uma postura teórica não-voluntarista.

O primeiro dado que chama atenção, no artigo, é a defesa, por parte do autor, de um objeto diverso para o costume especial. Para ele, tal costume tratava de tópicos não generalizáveis como títulos ou direitos em partes específicas da propriedade real no mundo ("world real estate"), casos de prescrição aquisitiva, disputa fronteiriças e as chamadas servidões internacionais. Além disso, o costume especial poderia estabelecer regras expressamente limitadas a países de certa região, como é o caso do direito de asilo na América Latina.⁸² A distinção não é baseada em critérios rigorosos. Enquanto a primeira parte trata de questões referente a títulos territoriais, a segunda amplia por demais o objeto do costume especial. Parece que aqui D'Amato partia dos casos já julgados pela CIJ sobre costume particular, os expandia para um horizonte de questões mais gerais, sem deixar de abrir possibilidades amplíssimas, relativamente ao seu objeto, com o exemplo do direito de asilo.

Era no direito romano e no direito comum inglês que D'Amato enxergava as origens do costume especial, sua diferenciação do costume geral, e, ainda mais, a exigência de sua prova. Recorrendo a Blackstone, lembrava que as regras sobre a necessidade da prova do costume especial eram mais estritas porque se estava diante de derrogações do direito comum ou do costume geral.⁸³ O direito internacional haveria absorvido tal ideia, não obstante a redação do art. 38 do Estatuto da CIJ – a qual defendia, tal qual Basdevant, não fosse lida de maneira literal.⁸⁴

Esse recurso histórico somente reforçava o cerne de sua argumentação: de que a CIJ havia usado o critério mais estrito do consentimento para identificar a existência desse costume especial, e não do

⁸² D'AMATO, Anthony. The Concept of Special Custom in International Law. *American Journal of International Law*. Vol 63. N° 2, 1969, p. 212-213.

⁸³ *Idem*, p. 213.

⁸⁴ *Idem*, p. 217-218.

costume geral. Ao assim isolar tal tipo de costume, pretendia manter a coerência argumentativa da CIJ ao mesmo tempo em que atacava as correntes voluntaristas.

Entretanto, o autor não abria mão de uma válvula de escape para o caso de a CIJ, no futuro, vir a afrouxar o critério do consentimento até mesmo para o costume especial. Daí sua admissão de que, a depender do tipo do caso analisado, os requisitos para provar o costume especial pudessem variar – em caso de prescrição, fronteiras, direito regional ou o que quer que seja.⁸⁵ Isso parece comprovar que a forma como abordava o costume especial – ao admitir flexibilidade nos critérios que o constituem – era dependente de uma tese maior, que buscava rejeitar argumentos voluntaristas no direito internacional – um procedimento não tão distante daquele adotado por Cohen-Jonathan.

Também importante lembrar que D'Amato não advogava a ideia de uma prevalência do costume especial sobre o costume geral em todos os casos. Analisando o *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, lembrava que a prevalência do primeiro não teria ficado cabalmente estabelecida, porquanto o segundo não teria sido devidamente provado por Portugal.⁸⁶

No início da década de 1970 – que contou com pouco estudos específicos sobre o direito internacional consuetudinário particular – Francesco Francioni publicou aquele que talvez seja o artigo mais completo sobre a temática. Intitulado “La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale”, o artigo não era propriamente original na abordagem – pois lembrava bastante o esquema introduzido por Cohen-Jonathan no tema, de utilizar a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça para refutar argumentos doutrinários tanto mais teóricos como aqueles mais voltados à prática. Contudo, os argumentos de Francioni são mais completos que os de Cohen-Jonathan, porque, por meio de refinados raciocínios calcados na dogmática do direito internacional, revolve ponto a ponto os posicionamentos contrários ao costume local – categoria que, na sua terminologia, abrangia todo o direito internacional consuetudinário particular – ou aqueles que pretendiam associá-lo a outros institutos de direito internacional, como o acordo tácito, o *estoppel* ou a aquiescência.

Francioni corretamente percebia uma discrepância entre uma insuficiente elaboração doutrinária do assunto e, de outro lado, sua suficiente elaboração pela jurisprudência internacional, especialmente por parte da Corte Internacional de Justiça e, precedentemente, pela própria Corte Permanente de Justiça Internacional.⁸⁷ Sua proposta era justamente resolver essa discrepância.

O art. 38 (1) (b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não era empecilho para falar-se em direito internacional consuetudinário particular seja porque um tratado não pode limitar o escopo de outra fonte – no caso, o costume – seja porque a generalidade de que trata o dispositivo poderia ser aplicada numa escala menor, como a regional, ou, ainda, com referência não espacial, mas sim temporal.⁸⁸

Francioni é mais generoso – com a possível exceção de Barberis – que outros autores em perceber o reconhecimento do direito internacional consuetudinário particular em casos que outros internacionalistas não percebiam tão claramente, como o *Caso das Pescarias*, que envolveu Reino Unido e Noruega, de 1951, e as Opiniões Consultivas da Corte Permanente de Justiça Internacional sobre Danzig e sobre a Comissão Europeia do Danúbio – decisões essas que Cohen-Jonathan já havia constatado terem reconhecido, embora não expressamente, o direito internacional consuetudinário particular.⁸⁹ A estratégia argumentativa aqui era muito clara. Com um corpo consistente jurisprudencial que remontava a década de 1920, a jurisprudência internacional já havia resolvido um problema que os doutrinadores insistiam em querer deixar em aberto. Ele não escondia seu posicionamento claramente

⁸⁵ *Idem*, p. 223.

⁸⁶ *Idem*, p. 219.

⁸⁷ FRANCIONI, Francesco. La Consuetudine Locale nel Diritto Internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*. Vol. 54, Fasc 3, 1971, p. 398.

⁸⁸ *Idem*, 399-400.

⁸⁹ *Idem*, 402-405.

contrário a posturas voluntaristas que pretendiam reduzir o direito internacional consuetudinário particular a um acordo tácito. Assim, demonstrava que, em sua visão, tal reducionismo era não apenas teoricamente equivocado, mas também se opunha à posição da jurisprudência internacional. A necessidade de repetição de um comportamento uniforme para essa espécie de norma internacional costumeira já a tornava diversa de um acordo tácito, que expressava uma manifestação de vontade específica para com uma norma ou conjunto de normas.⁹⁰

O direito internacional consuetudinário particular não poderia ser *estoppel* porque se trataria de questão substantiva, enquanto este funcionaria como exceção processual em juízo. Também não poderia ser confundido com a aquiescência, que seria meramente a manifestação exterior de uma atitude psicológica ou volitiva de um sujeito internacional que pode tomar a forma de um acordo tácito ou um costume. Não se confundiria, portanto, com este, por ser apenas um elemento da *opinio juris*, e não a norma consuetudinária a sua inteireza.⁹¹

O direito internacional consuetudinário particular também não se confundiria com o direito internacional geral por exigir que, para a sua oponibilidade, o estado em questão deva ter participado da formação da própria norma costumeira. Segue assim, Francioni, estritamente, o critério originalmente estabelecido pela Corte no *Caso do Asilo*. Retira, portanto, qualquer possibilidade de dar ao regionalismo um conteúdo jurídico no sentido de admitir que em um grupo específico uma norma de direito internacional consuetudinário particular possa ser oponível a Estados que pertencem a uma região ou sub-região, mas não tomaram parte na formação da norma consuetudinária.⁹²

Também seguindo estritamente a leitura mais disseminada do *Caso do Asilo*, o autor entendia que o ônus da prova do direito internacional costumeiro particular recaía inteiramente sob o Estado que o alega, diferentemente do direito internacional geral, em que ele é repartido entre o juiz e as partes envolvidas.⁹³ Mas é sintomático que, para o autor, as questões de ônus da prova, no direito internacional consuetudinário particular, chegam a se confundir com sua própria existência. Em suas palavras:

“A este respeito, é bom assinalar que, dada a natureza relativa do costume local, tal ônus da prova diz respeito necessariamente a uma dupla ordem de fatos: antes de tudo, a própria existência do costume local com seus dois elementos próprios da prática uniforme e da *opinio juris*; em segundo lugar, a participação efetiva na prática consuetudinária do Estado a qual se deseja opor”.⁹⁴

O artigo de Francioni era uma expressão clara de que a jurisprudência internacional deveria moldar a doutrina tanto para solucionar as dúvidas que alguns doutrinadores ainda possuíam sobre a existência desse tipo de norma costumeira como, também, para demonstrar que as explicações voluntaristas para negar ou retirar a sua autonomia eram facilmente refutáveis. O autor habilmente constrói seu artigo proporcionando fortes argumentos para que a autoridade (judiciária internacional) continuasse apoiando a existência do direito internacional consuetudinário particular. E ele mesmo se apoiava naquela autoridade para avançar seus próprios argumentos.

Na década de 1990, a filiação teórica ao voluntarismo – ou a oposição a ele – ainda informava posições doutrinárias e concepções sobre o costume particular. Bons exemplos dessas posturas, que geraram entendimentos antagônicos e mesmo contrapostos, são o ensaio de José María Gamio, “Costumbre universal y particular”, e o artigo de Olufemi Elias, “The relationship between general and particular customary international law”.

Quanto ao primeiro escrito, Gamio não negava que a jurisprudência da CIJ se fixara, por ocasião do exame do costume particular, na questão da necessidade de demonstração do consentimento de

⁹⁰ *Idem*, 407-409.

⁹¹ *Idem*, 414-415.

⁹² *Idem*, p. 415-419.

⁹³ *Idem*, p. 420-421.

⁹⁴ *Idem*, p. 421.

determinado Estado pela regra. Contudo, para ele, em tais casos, não se estaria a tratar de costume, mas de outras fontes de direito internacional.⁹⁵

Tal qual D'Amato, Gamio entendia que os casos em que a CIJ exigia o consentimento seriam aqueles em que teriam sido apreciadas questões sobre costume particular. Em relação ao costume geral, a posição da Corte claramente se inclinaria pela ideia de consenso.⁹⁶ Porém, diferentemente de D'Amato, ele retira outra conclusão de tal constatação.

Gamio lê a jurisprudência da CIJ sobre costume particular a partir do pressuposto de que, em todas as vezes em que se defrontou com o tema, ela poderia ter chegado à conclusão de que o costume particular – local, bilateral ou regional – deveria ser enquadrado como relacionado a uma fonte distinta do costume.

É nesse sentido que o autor critica o *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano* porquanto, em seu entendimento, a Corte poderia ter chegado à mesma conclusão com o recurso à ideia de títulos prescritivos ou mesmo *estoppel*. No *Caso Relativo aos Direitos de Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos*, ele sugere que a controvérsia poderia ter sido decidida com apoio na ideia do acordo tácito, com base no voto dissidente de quatro juízes no caso. Na mesma linha, era de acordo tácito que a CPJI falava quando se pronunciou na Opinião Consultiva sobre Danzig.⁹⁷

Nem mesmo o costume regional existiria como categoria autônoma. Ainda que admitisse que, no *Caso do Asilo*, fora reconhecida a existência de uma prática entre Estados do continente americano, não conseguia ver uma relação necessária entre tal constatação e a existência de uma norma costumeira vinculante para um universo restrito de Estados. Tal prática seria o substrato pelo qual alguma outra fonte de direito internacional se afirmaria no caso, mas não um costume propriamente regional. Gamio vê a ideia de “Estados especialmente afetados”, desenvolvida na jurisprudência da CIJ, como uma forma específica para designar o que alguns preferem denominar costume particular.⁹⁸ Ao invés de configurar fonte formal de direito ou mesmo um instituto jurídico, o costume regional apenas descreveria uma forma de exteriorização (de modo mais restrito, no que se refere ao número de participantes) de uma fonte formal propriamente dita ou instituto jurídico bem definidos

Quanto ao processo em que o costume particular se tornava geral, ele entendia que haveria, no caso, uma transformação não somente quantitativa – no número de Estados vinculados a uma norma – mas também qualitativa – pois o que era a princípio um simples acordo parcial, entre um número determinado de Estados, se transformaria em costume.⁹⁹

Em última análise, a rejeição do costume particular por Gamio se devia à forte vinculação do autor a uma concepção anti-voluntarista no direito internacional. A exigência de consentimento para a identificação do costume particular era simplesmente inadequada para explicar o costume, que faz prescindir de tal consentimento. Em determinando momento, o autor não esconde o seu objetivo em produzir mesmo uma negação do costume particular. Este viria a “perturbar todo propósito de elaborar uma teoria coerente do costume como fonte do direito internacional”.¹⁰⁰

Em verdade, o autor parece dissociar o costume particular do costume enquanto fonte de direito internacional porque suas características o diferenciam sobremaneira de uma tentativa de compreensão orgânica do costume. Mas certamente essa posição é passível de crítica porque faz o costume, enquanto

⁹⁵ GAMIO, José María. Costumbre universal y particular. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (ed.). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Vol 1*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 79.

⁹⁶ *Idem*, p. 80.

⁹⁷ *Idem*, p. 86-87.

⁹⁸ *Idem*, p. 88-89.

⁹⁹ *Idem*, p. 98.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 92.

fonte, depender de uma teoria; e não o contrário. Tal posição se choca ainda mais com a prática dos tribunais internacionais, que não distinguem o costume particular do costume geral.

Assim sendo, de maneira ainda mais intensa, o debate teórico que faz confrontar voluntaristas e anti-voluntaristas ressoa com extremo vigor na apreciação que Gamio faz do costume particular no direito internacional, inclusive na sua leitura dos casos julgados pela CIJ.

O artigo de Olufemi Elias, “The Relationship between General and Particular Customary International Law”, foi, em diversos sentidos, um contraponto ao ensaio de Gamio, ainda que provavelmente aquele desconhecesse o escrito deste.

A partir de uma vigorosa defesa do papel do consentimento no direito internacional costumeiro, Elias não chegava à conclusão de que o costume particular inexistia, mas que justamente mantinha a sua autonomia conceitual ao não se distinguir essencialmente do costume geral.

Ele rejeita todos os critérios para se diferenciar o costume particular do costume geral, como a existência de um interesse especial, a geografia ou mesmo o número de participantes na formação do costume. Até mesmo no último critério ele via uma circularidade, porquanto, ao relacionar os termos geral/particular ao número de participantes na formação do costume, estar-se-ia simplesmente reafirmando que existem duas categorias ao invés de explicar o porquê de elas serem, de fato, duas categorias. Se todo costume é baseado no consentimento dos Estados, então, todo costume é particular.¹⁰¹

Elias rejeita até mesmo que a diferença entre costume geral e costume particular se refira ao ônus da prova, definitivo no segundo caso para outros autores.

Ele não conseguia ver como, racionalmente, devesse haver uma distinção estabelecida entre o ônus da prova requerido para o estabelecimento de uma norma costumeira particular e aquele de uma norma costumeira geral. Para isso, se apoiava seja no fato de que o costume particular é tanto direito como o costume geral, seja nos julgados da CIJ, que nunca propriamente estabeleceram que haveria uma distinção no ônus da prova do costume particular em comparação com o costume geral.¹⁰²

E avançava o argumento: mesmo que houvesse tal distinção, a questão não seria de que algo precisa ser provado, mas quem deveria prová-lo, o que não afetaria a conclusão de que o *probandum* é o mesmo tanto no caso do costume geral como no do costume particular.¹⁰³

Ainda que o artigo tenha claras pretensões teóricas, ele chega a uma solução semelhante à de Gamia, mas com o sinal trocado: a prática, especialmente judicial, explicaria a sua teoria. Ainda assim, o costume particular – enquanto semelhante ao costume geral – somente poderia ser entendido pelo recurso a um tipo de teoria voluntarista que reforça o papel do consentimento dos Estados. Em outros termos, o costume particular deve ser entendido como não distinto do costume geral para justificar uma teoria fundada no consentimento; o costume particular serve a uma teoria e não o contrário.

3.3 Costume Particular entre o reconhecimento doutrinário e as potencialidades de sua aplicação

Os anos 2010 representaram uma retomada no interesse pela temática na doutrina. Ainda que se fizessem presentes ecos do debate entre voluntaristas e não-voluntaristas, perderam força os argumentos que contestavam a própria existência do direito internacional consuetudinário particular. A partir de agora, surgiam novas questões que gerava uma reflexão mais aprofundada sobre as possibilidades para esse tipo específico de norma consuetudinária.

Uma das razões para tal mudança diz provavelmente respeito à ampliação do debate sobre fragmentação do direito internacional, que pôs uma vez mais a questão do regionalismo em destaque

¹⁰¹ ELIAS, Olufemi. The relationship between general and particular customary international law. *African Journal of International & Comparative Law*. Vol. 8. Nº 1, 1996, p. 68-72.

¹⁰² *Idem*, p. 82.

¹⁰³ *Idem*, p. 84.

nos debates jurídicos internacionais. Também a reavaliação de questões relativamente à ampliação da subjetividade internacional, e a possibilidade de outros sujeitos que não o Estado influenciarem na formação de normas internacionais consuetudinárias, ganhou relevo no período.

Um bom exemplo de abordagem que não mais enfatizava o debate entre voluntaristas e não voluntaristas é o artigo de Miguel Galvão Teles, publicado em português, intitulado “Costume bilateral em Direito Internacional Público”.

A primeira parte era dedicada a revisitar o *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, especialmente sob a perspectiva do Estado reclamante, Portugal, e enfatizando a atuação de Inocêncio Galvão Telles, agente daquele país no caso e pai do autor. A segunda parte, no entanto, fazia considerações sobre o direito internacional consuetudinário particular e assumia a posição de que, após o julgamento daquele caso pela CIJ, e não obstante a persistência de alguns autores em negarem a possibilidade do direito internacional consuetudinário particular, a sua aceitação havia se generalizado.¹⁰⁴ Essa ideia de superação do debate doutrinário sobre a existência mesma desse tipo de norma internacional consuetudinária permitia ao autor adotar um tom mais pragmático e mesmo conciliador sobre o assunto.

Galvão Teles fornecia explicações sobre a adequação da ideia de generalidade ao direito internacional particular – que tem a ver com a prática singular do Estado, e não com o número de Estados que realizam a prática, pois não se praticam atos na convicção de que terceiros devam também ser vinculados pela mesma prática. Isso, inclusive, é o que lhe permite denominar o direito internacional consuetudinário particular de “costume limitado”, que estaria associado a situações localizadas e específicas. Também refutava a associação desse tipo de costume ao acordo tácito – pois constatava que havia acordos desse tipo que não são resultado de uma prática repetida e normas costumeiras aplicáveis a Estados não envolvidos na sua formação. Esse último aspecto é interessante, porque parece ele admitir que uma norma internacional consuetudinária particular possa ser oponível *erga omnes* para um grupo específico de Estados. Tal argumento, no entanto, não é desenvolvido pelo autor.¹⁰⁵

O autor admite que há espaço para elementos de consentimento na formação do costume, como a aquiescência, a reciprocidade e a admissão do próprio princípio do objeto persistente, mas esse consentimento não precisaria ser revestido da forma de uma “declaração internacionalmente (ou tida como tal) constitutiva do direito”.¹⁰⁶

Para ele, a discussão sobre o costume bilateral como um acordo tácito se resolveria no fato de que tratado e costume estariam a constantemente interagir. Assim, os mesmos fatos poderiam dar azo tanto a um processo de formação de norma consuetudinária como a um acordo tácito. Ou seja, pode-se ler, de seu argumento que, esfacelada pela prática internacional uma rígida dicotomia entre tratado e costume, não seria produtivo insistir na necessidade de diferenciar estritamente no plano teórico o costume bilateral e o acordo tácito.¹⁰⁷

Essa é uma abordagem que faz primar aspectos pragmáticos sobre a coerência teórica de uma norma internacional consuetudinária bilateral.

Também em 2010, Andreas Buss publicou seu artigo “The Preah Vihear Case and Regional Customary International Law” cuja pretensão primordial era fazer uma releitura do clássico caso julgado pela Corte Internacional de Justiça, em 1962, sob a ótica do direito internacional costumeiro regional.

¹⁰⁴ TELES, Miguel Galvão. Costume bilateral em Direito Internacional Público. *O Direito*. Vol. 142. Nº II, 2010, p. 362-363.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 363-364.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 364.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 365-366.

Conquanto o título do artigo pusesse ênfase na questão das normas consuetudinárias regionais, o artigo é mais voltado para fazer uma análise do caso e das críticas a ele e, especialmente, um histórico dos fatos e do direito que conduziram ao caso.¹⁰⁸

Mas a grande tendência do período que o artigo incorpora é refletir sobre o direito internacional costumeiro a partir da prática de atores não-estatais. A partir de uma concepção que remonta algumas linhas teóricas que apoiam o pluralismo jurídico, Buss fornece elementos para demonstrar que as fronteiras entre Camboja e Tailândia eram caracterizadas pela “fluidez e flexibilidades”, de modo que a “jurisdição territorial não poderia ser estritamente definida por fronteiras permanentes”. Isso se devia ao fato de que, ao lado do direito oficial, operava, na região, um direito não oficial, feito por grupos não-estatais e normas e conceitos de cunho religioso. Assim, o soberano renunciava ao seu direito de deter a propriedade de um terreno doado a monges para a construção de um monastério, que era então considerado inviolável, dotado de jurisdição própria, podendo, por exemplo, conceder asilo e sendo imune a impostos. Em sua visão, a Corte Internacional de Justiça deveria ter levado em conta o direito consuetudinário regional antes da chegada da França à região a fim de mais adequadamente entender como eram aplicados conceitos como território e jurisdição. O autor chega mesmo a sugerir que levar em conta aspectos como o direito consuetudinário regional ajudaria a minimizar o ceticismo do Terceiro Mundo para com o direito internacional.¹⁰⁹

Ainda que o artigo não se refira expressamente ao *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados*, que envolveu Costa Rica e Nicarágua, julgado em 2009, no ano anterior, e considerou a conduta das populações ribeirinhas ao rio fronteiriço entre os dois Estados, percebe-se que ele incorpora a tendência de atribuir um papel mais relevante a atores não-estatais no processo de formação da norma internacional consuetudinária particular. Também aqui a questão não é mais saber se esse tipo específico de direito internacional consuetudinário existe, mas fazê-lo estar sintonizado aos desenvolvimentos do momento histórico que compeliriam o direito internacional a superar um caráter puramente estatocêntrico.

Três anos depois, foi publicado um comentário robusto do referido caso da Corte Internacional de Justiça sob a perspectiva específica do direito internacional consuetudinário particular. Em “The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case”, Luigi Crema investiga aquilo que pode ser considerado como os dois grandes desenvolvimentos do caso: a relação entre direito internacional consuetudinário particular e atores não-estatais e a questão do ônus da prova nesse tipo específico de norma costumeira. Como outros estudos a partir do século XXI, ele parte do pressuposto de que “entre estudiosos é indisputável que o direito internacional também admite costume particulares”.¹¹⁰

Provavelmente por reconhecer tal caráter indisputável, Crema é mais criterioso em verificar na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional um reconhecimento do direito internacional consuetudinário particular. Não seria mais necessário buscar em um passado longínquo tal reconhecimento. Por isso, para ele, o que aquele tribunal teria reconhecido no *Caso da Comissão Europeia do Danúbio* e no *Caso da Cidade Livre de Danzig e a Organização Internacional do Trabalho* seria algo mais próximo de uma prática subsequente modificativa de um tratado.¹¹¹

Ao analisar a questão da relação entre atores não-estatais e direito internacional consuetudinário particular, o autor minimizava o impacto da decisão no *Caso Relativo a direitos navegacionais e*

¹⁰⁸ BUSS, Andreas. The Preah Vihear Case and Regional Customary Law. *Chinese Journal of International Law*. Vol. 9. Nº 1, 2010, p. 112-120.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 120-126.

¹¹⁰ CREMA, Luigi. The ‘Right Mix’ and ‘Ambiguities’ in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case. In: BOSCHIERO, Nerina et al (eds.). *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. The Hague; Heidelberg: T.M.C. Asser Press; Springer, 2013, p. 66.

¹¹¹ *Idem*, p. 67.

relacionados. Para ele, a Corte não havia considerado propriamente a prática dos atores não-estatais, mas observou a prática estatal por meio da análise da prática de indivíduos privados. Esse recurso aconteceria em casos excepcionais e residuais, quando as circunstâncias específicas o requeressem. Assim, na falta de uma prova clara da conduta estatal, a Corte teria observado o comportamento dos indivíduos e a correspondente falta de reação por parte do Estado para identificar uma norma internacional consuetudinária particular. Buscando preservar a coerência da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, o autor via, inclusive, relação desse procedimento com a avaliação da prática feita pelo mesmo tribunal no *Caso da Ilha Kasikili/Sedudi*, em que se partiu da conduta de funcionários estatais em níveis mais altos e se chegou à conduta de indivíduos privados.¹¹²

Quanto à questão do ônus da prova no direito internacional consuetudinário particular, entendia que só aparentemente a Corte havia se desviado do precedente do *Caso do Asilo*. Primeiro, porque, mais recentemente, os critérios utilizados pela Corte para identificar normas costumeiras internacionais haviam se tornado mais frouxos que aqueles existentes à época do julgado do *Caso do Asilo*. Segundo, a questão da prova, no caso, não foi controversa, porque tanto Nicarágua como Costa Rica haviam concordado, durante o julgamento, sobre a prática que formou a base da norma costumeira local. Ou seja, a Corte havia prestado a devida atenção ao consentimento de ambos os Estados para concluir que havia uma norma consuetudinária internacional particular na situação que analisava. Mas Crema entendia que o caso demonstrava algo característico de um costume bilateral em comparação a um costume geral. A prática observada no primeiro seria mais ampla que no segundo, por ser feita no contexto de uma relação bilateral mais próxima; daí porque a prática de indivíduos é observada, algo que não seria possível num costume de natureza geral.¹¹³

Os argumentos, embora pretendessem também manter a coerência argumentativa da sentença da Corte, não eram absolutamente convincentes. Primeiro porque o fato de as partes concordarem sobre a existência de uma prática que baseia a norma costumeira não é o mesmo que concordarem sobre a existência mesma dessa norma. Tal prática poderia levar ao enquadramento da situação como aquiescência ou acordo tácito, por exemplo. Segundo a investigação da conduta de atores não-estatais não guarda relação em si com a investigação de uma relação bilateral mais estreita entre dois Estados. O caráter de uma prática dotada de não-oficialidade (porque conduzida por atores privados) revela a questão da atribuição de um ato, e não o vínculo mais estreito (por uma questão de interesse recíproco) entre dois Estados.

Ao fim, pode-se perceber que Crema se esforça para encontrar respostas para o caráter inovador da sentença da Corte Internacional de Justiça na própria jurisprudência daquele tribunal. Mas isso pode perfeitamente ser explicado por um estranhamento por novos desenvolvimentos que afetaram a percepção da Corte sobre matéria de direito internacional consuetudinário particular. O fato é que esta última pode, verdadeiramente, ter buscado inovar a sua própria jurisprudência ante uma realidade internacional em constante mutação.

Mais recentemente, alguns exercícios doutrinários demonstram não somente que a contraposição entre voluntaristas e não-voluntaristas tanto pauta menos intensamente o debate sobre a existência do direito internacional consuetudinário particular como uma visão mais flexível e pragmática gera potenciais para a aplicação desse tipo específico de costume. É o caso do artigo de Khagani Guliyev, “Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty”.

O autor reconhecia que a existência do costume local era amplamente aceita no direito internacional desde ao menos o julgamento do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território*

¹¹² *Idem*, p. 71-72.

¹¹³ *Idem*, p. 72-73.

Indiano. Porém, complementava dizendo que juízes internacionais eram relutantes em reconhecê-lo pelas dificuldades relativas à sua formação, identificação e duração.¹¹⁴

Essas dificuldades se deviam às especificidades do costume local, como a existência de uma prática unânime, e não geral; uma prática que precisa ser repetida por um longo período de tempo – requisito que retirava (de maneira muito indireta e certamente não explícita) dos casos julgados pela CIJ que envolveram esse tipo de costume e que tratavam de práticas que se prolongavam muito no tempo –; *opinio juris* identificada em todos, e não somente na maioria, dos Estados envolvidos em tal tipo de costume. Tais características permitiam ao autor chegar à conclusão de que o costume local assumia um viés claramente consensualista, diferentemente do direito internacional costumeiro geral.¹¹⁵

A característica consensualista do costume local permitia que ele fosse comparado – mas não igualado – aos acordos tácitos. A diferença entre ambos dizia respeito ao fato de que no costume local há prática, enquanto no acordo tácito há uma lógica contratual para a sua formação. Tempo para a formação – exigido para o primeiro e não para o segundo –; necessidade de participação de vários órgãos do Estado, no caso do costume local, e órgãos dotados de plenos poderes, no caso do acordo tácito, compunham as duas razões adicionais para se efetuar a distinção.¹¹⁶

Esse movimento de aproximação e separação – que também pode ser entendido com um movimento entre voluntarismo e não voluntarismo – fica explicado na segunda parte do artigo, em que as normas internacionais sobre sucessão de Estados são escolhidas para ilustrar a natureza cambiante do costume local.

Para Guliyev, diferentemente do costume geral, o costume local não obriga novos Estados surgidos de processos de sucessão. Por não regular questões comuns aceitas pela comunidade internacional – cujo respeito se esperaria para fins de proporcionar estabilidade ao sistema internacional – normas costumeiras locais não seriam oponíveis a novos Estados. A necessidade da prática unânime não se estenderia ao novo Estado, mas demandaria sua aceitação específica. O autor inclusive retira – implicitamente – essa conclusão do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, na medida em que a análise que a Corte Internacional de Justiça fez da prática abarcou tanto o período de dominação colonial britânica como o período de independência indiana. Ou seja, a Corte precisou comprovar se a prática que existia anteriormente à independência persistiu após a sua ocorrência. Embora essa fosse uma inferência que beira a conjectura – pois a Corte não é minimamente direta em relacionar a análise da prática com uma suposta característica do costume local com relação à sucessão de Estados – ela permitia ao autor concluir que, ao menos para o caso da sucessão de Estados, o costume local seguia a lógica de um tratado.¹¹⁷

Mas seguir a lógica do tratado permitia ao autor, por consequência lógica, também argumentar que se poucos tratados – relativos a limites territoriais e regimes territoriais – se impõem aos novos Estados surgidos de uma sucessão, mesmo sem o seu consentimento, do mesmo modo se impõem a estes últimos os costumes locais que tratam das mesmas matérias.¹¹⁸ Ou seja, se o tema dos limites territoriais e regimes territoriais põem em xeque o consensualismo no direito dos tratados, também o poria no direito internacional consuetudinário. Em outras palavras, a base consensualista do costume local é posta a serviço da ideia de que, em situações específicas, ele será oponível a um Estado mesmo sem o seu consentimento.

¹¹⁴ GULIYEV, Khagani. Local Custom in International Law: Something in between General Custom and Treaty. *International Community Law Review*. Vol. 19. Nº 1, 2017, p. 49-50.

¹¹⁵ *Idem*, p. 50-55.

¹¹⁶ *Idem*, p. 56-58.

¹¹⁷ *Idem*, p. 59-61.

¹¹⁸ *Idem*, p. 61-65.

O artigo, portanto, permite perceber que as potencialidades do direito internacional consuetudinário particular para regular situações determinadas – regras sobre sucessão – sem necessariamente se fixar em um argumento voluntarista ou não voluntarista no direito internacional. O seu caráter *sui generis* – “algo entre o costume geral e o tratado” – lhe daria flexibilidade para regulação de matérias no espaço jurídico internacional.

3.5. Balanço Geral do debate doutrinário sobre direito internacional consuetudinário particular

Não parecem restar dúvidas de que o debate doutrinário sobre o tema do direito internacional consuetudinário particular foi essencialmente influenciado pelo julgamento de casos julgados especialmente pela Corte Internacional de Justiça. Ainda que uma leitura, por parte de alguns autores, seja feita retroativamente, no sentido de que a Corte Permanente de Justiça Internacional ou mesmo Tribunais Arbitrais já teriam acolhido esse tipo de costume como uma categoria do direito internacional, o fato é que somente após o *Caso do Asilo* os doutrinadores começaram a verdadeiramente se interessar pelo tema. E o interesse recrudescceu substancialmente após o *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, quando, pela primeira, vez, de forma explícita, um costume bilateral foi reconhecido.

As dificuldades de alguns autores em admitirem o direito internacional consuetudinário particular era mais direcionada à sua forma bilateral. A razão para tal resistência certamente tem a ver com a falta de uma separação rígida entre um costume bilateral e um acordo tácito entre Estados. Em muitos sentidos, essas dificuldades eram calcadas nas concepções teóricas defendidas por autores do período pós-II Guerra Mundial, especialmente aquelas que poderiam ser consideradas com voluntaristas, e a sua contraposição anti-voluntarista. De regra, autores mais ligados a correntes voluntaristas retiravam a relevância ou mesmo negavam a existência do direito internacional consuetudinário particular – geralmente apenas em sua vertente bilateral - enquanto autores anti-voluntaristas, normalmente com apoio na autoridade dos julgados da Corte Internacional de Justiça, defendiam a sua existência.

Até o final do século XX, boa parte da doutrina específica sobre o assunto era ainda influenciada pelo debate teórico entre voluntaristas e não-voluntaristas, o que pode ter gerado ao menos três grandes problemas: (1) os estudos, ao se fixarem reiteradamente em posições teóricas rígidas, deixavam escapar a possibilidades de regulação, por parte do direito internacional consuetudinário particular, de diversos assuntos; (2) provavelmente por conta da influência do *Caso do Direito de Passagem sobre o Território Indiano*, o debate se fixou muitas vezes no direito internacional consuetudinário bilateral, em detrimento de outros tipos, como aquele regional; conseqüentemente, reflexões mais apuradas sobre o valor e a relevância jurídica do regionalismo para o direito internacional foram praticamente inexistentes no período; (3) pouco os debates refletiram sobre propostas para que a Corte Internacional de Justiça evoluísse em sua jurisprudência sobre o tema; posições de apologia às decisões da Corte ou de não-aceitação do reconhecimento do direito internacional consuetudinário particular, especialmente em sua forma bilateral, feito por ela, obnubilavam questões importantes como o ônus da prova em todas as formas de direito internacional consuetudinário particular ou as possibilidades da interação entre tratado e costume para se identificá-lo.

A partir dos anos 2000, abordagens mais pragmáticas e menos influenciadas pelo debate teórico entre voluntaristas e anti-voluntaristas gradativamente surgiram. Para alguns autores, o fato de a norma internacional consuetudinária particular se aproximar ou se afastar do consentimento poderia ser visto não necessariamente como um problema, mas como uma vantagem. Outrossim, a discussão sobre a possibilidade de a prática de atores não-estatais ser considerada para efeito de identificação do direito internacional consuetudinário particular começaram a surgir, assim como posições menos estatocêntricas em termos de concepção do próprio direito encontraram espaço no período. Reflexões, no entanto, sobre o papel do regionalismo no direito internacional e sua relação com o direito internacional consuetudinário, foram pouco cultivadas. O julgamento do *Caso Relativo a direitos*

navegacionais e relacionados, que trouxe elementos novos no mínimo para propor uma reflexão mais apurada sobre o direito internacional consuetudinário particular, foram pouco explorados, ainda que seu potencial, como já enfatizado, não seja desprezível para conduzir a uma reanálise da leitura majoritária que fez a doutrina, por décadas, do *Caso do Asilo*.

PARTE IV – A COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO PARTICULAR

Por mais de cinco anos, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) se dedicou ao tema da identificação do direito internacional consuetudinário. O relator designado, Sir Michael Wood, produziu cinco alentados relatórios que trataram da “metodologia para identificar regras de direito internacional costumeiro”.¹¹⁹

Em 2018, a Comissão adotou o “Projeto de Conclusões sobre a Identificação do Direito Internacional Costumeiro”, que foi encaminhado à Assembleia-Geral da ONU. Esta, por sua vez, tomou nota do Projeto por meio da Resolução 73/203, de 20 de dezembro de 2018. A última das Conclusões do Projeto tratou exatamente do direito internacional costumeiro regional e restou assim redigida:

“Conclusion 16 Particular customary international law

1. A rule of particular customary international law, whether regional, local or other, is a rule of customary international law that applies only among a limited number of States.

2. To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*) among themselves.”

Tal conclusão figura em último lugar no Projeto não somente porque as outras conclusões se aplicam, a não ser quando identificado em sentido contrário, ao direito internacional consuetudinário particular, mas porque, como afirma o relator especial, esse tipo de norma costumeira é vista como “excepcional”. Assim, a expressão “direito internacional costumeiro” designa aquele que tem natureza geral – ou seja, a regra; o adjetivo “particular” é necessário sempre para designar um direito internacional costumeiro que não é geral.¹²⁰

Para o relator, ainda que o direito internacional consuetudinário particular não seja “frequentemente encontrado”, ele “pode cumprir um papel significativo das relações interestatais, acomodando diferentes interesses e valores peculiares a apenas alguns Estados.”¹²¹ Entretanto, tais interesses e valores precisam ser verificados em um número limitado de Estados, pois é o critério quantitativo, e não qualitativo, que caracteriza esse tipo de norma internacional consuetudinária, como deixa explícito o item 1 da Conclusão 16 (“entre um número limitado de Estados”).

Do ponto de vista terminológico, a opção clara da CDI foi a de escolher a expressão direito internacional particular como gênero, das quais seria espécie as normas internacionais costumeiras “regionais, locais ou outras”. A expressão particular cumpre duas funções importantes na própria argumentação da CDI: (a) a de demonstrar o caráter relacional em oposição ao direito internacional costumeiro geral; (b) a de indicar que a proximidade entre Estados (como evocaria o termo regional ou local) não é condição para a identificação de tal tipo de norma consuetudinária.¹²²

Os dois elementos (prática e *opinio juris*) são também necessários para a identificação do direito internacional consuetudinário particular, mas o item 2 da Conclusão 16 enfatiza que tais elementos devem ser encontrados entre os Estados em questão. Ainda que a redação do dispositivo não seja clara,

¹¹⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*. A/73/10, p. 122. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf>.

¹²⁰ *Idem*, p. 123, 155.

¹²¹ *Idem*, p. 154.

¹²² *Idem*, p. 154-155.

os comentários estabelecem que a abordagem dos dois elementos é “mais estrita” em matéria de direito internacional consuetudinário particular.¹²³ Ou seja, a CDI adotou claramente o entendimento disseminado que se formou quando do julgamento, pela Corte Internacional de Justiça, do *Caso do Asilo*, de que todos os Estados envolvidos devem aceitar a regra consuetudinária particular em questão.¹²⁴ Entretanto, os desenvolvimentos trazidos pela Corte Internacional de Justiça no *Caso Relativo a direitos navegacionais e relacionados* não são trazidos pela Comissão de Direito Internacional, nem mesmo sob a perspectiva da inversão do ônus da prova ou da presunção da prova da norma costumeira.

É importante contrastar a defesa do critério mais estrito com o que afirmado no Relatório sobre Fragmentação do Direito Internacional, da Comissão, datado de 2006. Naquela ocasião, o relatório final perquiriu acerca do sentido normativo do regionalismo no direito internacional. A resposta era clara no sentido de que o direito internacional não respaldava o regionalismo em um “sentido mais forte”, de modo a sustentar uma regra ou um princípio com uma esfera regional de validade ou uma limitação regional à espera de validade de uma regra ou princípio de escopo universal.¹²⁵

Contudo, o relatório sustentava que o regionalismo não possuía uma base normativa, com exceção da questão referente a um comportamento costumeiro regional acompanhado de *opinio juris* dos Estados relevantes. O relatório afasta apenas a possibilidade de Estados fora da região estarem obrigados pela norma consuetudinária – embora, ainda, possam fazê-lo de maneira expressa ou tácita. Mas não exclui necessariamente a possibilidade de Estados de uma mesma região estarem obrigados por uma norma costumeira regional. Diferentemente do que muitos autores aduzem, o relatório entende que, “[i]n the Asylum case, the Court itself did not specifically pronounce on the conceptual possibility of there being specifically regional rules of international law in the above, strong sense (i.e. rules binding automatically on States of a region and binding others in their relationship with those States)”.¹²⁶ Ou seja, não há uma aceitação de que o caso julgado pela Corte exigia necessariamente o consentimento do Estado ao qual é invocado o costume de origem regional. Ademais, pode-se entender ao menos que tal constatação implica que o que estava a tratar, no *Caso do Asilo*, era uma questão não propriamente de existência na norma costumeira regional, mas o ônus de sua prova.

De todo modo, ainda que as Conclusões da CDI no tema da Identificação do Direito Internacional Consuetudinário não tenham servido para inovar no tema do direito internacional consuetudinário particular, não obstante o tratamento insuficiente das implicações de toda a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça sobre o assunto, e até mesmo suas considerações prévias no estudo de outros temas, como o da Fragmentação do Direito Internacional, elas muito contribuíram para estabelecer com firmeza esse tipo de costume. Para tanto, a Comissão considerou a sua existência como “incontroversa”, especialmente tendo em conta os diversos julgados da Corte Internacional de Justiça sobre o assunto.¹²⁷

22 set

¹²³ *Idem*, p. 156.

¹²⁴ Embora nos debates no âmbito da Comissão – que foram muito sumários – alguns membros indicaram discordância com o seguimento da abordagem mais “estrita” na aferição dos dois elementos no que se refere ao direito internacional consuetudinário particular. Ver INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (2), 2015, p. 31.

¹²⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc A/CN.4/L.682, p. 108-109. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>

¹²⁶ *Idem*, p. 110-111.

¹²⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*. A/73/10, p. 154. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf>.