

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

BRENDA ALBINE SARTORI RUVIARO

**ANÁLISE DAS POSSÍVEIS RAZÕES PARA A FALTA DE UTILIZAÇÃO PRÁTICA
POR PARTE DOS ESTADOS DA TEORIA DO OBJETOR PERSISTENTE AO
COSTUME INTERNACIONAL**

PORTO ALEGRE

2014

BRENDA ALBINE SARTORI RUVIARO

**ANÁLISE DAS POSSÍVEIS RAZÕES PARA A FALTA DE UTILIZAÇÃO
PRÁTICA POR PARTE DOS ESTADOS DA TEORIA DO OBJETO
PERSISTENTE AO COSTUME INTERNACIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Internacional
pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Elias Grossmann

PORTO ALEGRE

2014

BRENDA ALBINE SARTORI RUVIARO

**ANÁLISE DAS POSSÍVEIS RAZÕES PARA A FALTA DE UTILIZAÇÃO
PRÁTICA POR PARTE DOS ESTADOS DA TEORIA DO OBJETO
PERSISTENTE AO COSTUME INTERNACIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Internacional
pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Elias Grossmann - PUCRS

Prof.

Prof.

PORTO ALEGRE

2014

RESUMO

Esta pesquisa consiste em uma análise das possíveis razões para a falta de utilização prática da teoria do objeto persistente. Na primeira parte do trabalho é apresentado o costume internacional: suas teorias, sua formação e suas características. Na segunda metade do trabalho passa-se então a analisar a teoria do objeto persistente, desde suas origens jurisprudenciais até o entendimento atual da doutrina, para então, ao final, expor as prováveis razões encontradas para a falta de utilização prática dessa teoria pelos Estados: superação de seu fundamento teórico (consensualismo) e dificuldades estruturais da própria teoria que dificultam sua aplicação prática.

Palavras-chave: costume internacional, direito internacional consuetudinário, objeto persistente, direito internacional público.

ABSTRACT

This research consists of an analysis of the possible reasons for the lack of practical use of the persistent objector doctrine. In the first part of the paper the international custom is introduced: its theories, its formation and its characteristics. In the second half, the persistent objector doctrine is examined from its jurisprudential origins until the current understanding of the literature about the subject, and then, at the end, the likely reasons found for the lack of practical use of this theory are exposed: overcoming its theoretical foundation (consensualism) and structural difficulties of the theory itself that complicate its practical application.

Keywords: international custom, customary international law, persistent objector, international public law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O COSTUME INTERNACIONAL	9
1.1. Teorias	13
1.1.1. <i>Teoria consensualista ou voluntarista</i>	13
1.1.2. <i>Teoria objetivista</i>	15
1.2 Formação do costume internacional	18
1.2.1 <i>Métodos de formação do costume internacional</i>	18
1.2.2. <i>Elementos para a formação do costume internacional</i>	19
1.2.2.1 Elemento material ou objetivo	20
1.2.2.1.1 Atos que podem ser considerados uma conduta relevante para a formação de um costume	21
1.2.2.1.2 Período de tempo durante o qual tal conduta dever ser repetida para que seja considerada um costume.....	25
1.2.2.1.3 Quantidade de Estados que devem realizar tal comportamento para que ele caracterize uma prática geral	26
1.2.2.2 Elemento psicológico ou subjetivo (<i>opinio juris</i>)	29
1.3 Características do costume internacional	31
1.3.1 <i>Positivização</i>	31
1.3.3 <i>Hierarquia</i>	31
1.3.4 <i>Conflito de normas envolvendo costumes</i>	32
1.3.4.1 Conflito entre costumes.....	32
1.3.4.2 Conflito entre costume e tratado	32
1.3.5 <i>Ônus da prova do costume</i>	33
1.4 Jurisprudência internacional	34
2 TEORIA DO OBJETOR PERSISTENTE	35
2.1 Origens	35
2.1.1 <i>Jurisprudência</i>	35
2.1.2 <i>Evolução doutrinária</i>	36
2.2 Estado atual	39
2.3 Possíveis razões para a falta de utilização da teoria na prática	41
2.3.1 <i>Superação do seu fundamento teórico</i>	41
2.3.2 <i>Dificuldades estruturais</i>	42

CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa consiste em uma análise das possíveis razões para a falta de utilização prática da teoria do objeto persistente. A importância dessa investigação deve-se ao fato de que tal exame poderá esclarecer as dificuldades de aplicação da referida teoria em casos concretos pelos Estados, a fim de se verificar se a falta de utilização poderia consistir em um repúdio por parte das nações a tal teoria.

É levando em consideração a variedade de perspectivas com que a teoria do objeto persistente é abordada por cada doutrinador, que foi então revisada a bibliografia sobre o assunto a fim de se tentar encontrar e investigar os motivos pelos quais essa teoria é tão raramente invocada pelos Estados na prática internacional.

Assim, na primeira parte do trabalho é apresentado o costume internacional: suas teorias, sua formação e suas características. Na segunda metade do trabalho passa-se então a analisar a teoria do objeto persistente, desde suas origens jurisprudenciais até o entendimento atual da doutrina, para então, ao final, expor as possíveis razões encontradas para a falta de utilização prática dessa teoria pelos Estados.

1 O COSTUME INTERNACIONAL

Antes de os Estados decidirem registrar por escrito as normas que regeriam suas relações jurídicas, havia a prática geral de que o comportamento que as nações apresentavam diante de determinadas situações tinha caráter de norma obrigatória, o que não se fundamentava na lei já que esta não existia, mas sim na *bona fides*, que, como ensina Adauto Suannes, sempre regeu tais relações¹.

Até pouco mais de um século atrás, conforme sublinha José Francisco Rezek, o direito internacional era ainda essencialmente um direito costumeiro: supõe-se que havia numerosas normas que regulamentavam o convívio dos membros da ainda bastante restrita sociedade internacional, mas tais normas quase nunca eram transpostas para textos convencionais².

O costume é, de fato, a fonte mais antiga do Direito Internacional Público, tendo reinado soberano até o século XVII, quando, após o Tratado de Westfália, os tratados passaram a ganhar uma importância cada vez maior³.

Entretanto, como observa José Francisco Rezek, uma vez inventado esse hábil instrumento de expressão escrita teria parecido razoável esperar-se que ocorresse uma codificação em ritmo mais acelerado que o que desde então passou a marcar tal processo. Afinal, conforme segue o raciocínio do referido autor, tendo-se em vista a obrigatoriedade das regras costumeiras, característica essa que a doutrina insistentemente sublinhava, era de se crer prioritária, e no interesse comum, a sua imediata e ampla transposição para a forma escrita. De acordo com o referido autor⁴:

¹ SUANNES, Adauto. **O Costume como Fonte do Direito Internacional**: lembrando Nuremberg. In: BAPTISTA, Luiz Otávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Direito Internacional Público: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 38.

² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

dificuldades sérias não se poderiam contrapor ao esforço coletivo pela transformação, em regras jurídicas articuladas no rigor e na clareza do texto, daquele vultoso acervo de regras jurídicas jamais escritas ou expressamente avençadas, mas que, ainda na voz da melhor doutrina, nem por isso revestiam menor certeza e obrigatoriedade. Ou não era bem assim?

De fato, consoante conclui José Francisco Rezek, os percalços no caminho do processo de codificação do direito internacional evidenciam, melhor que tudo, a fragilidade operacional de muitas regras puramente costumeiras, cuja imprecisão parece ser uma característica que lhes é inerente⁵.

Assim, apesar da grande relevância dos tratados atualmente, o costume continua sendo uma das fontes mais importantes do direito internacional.

Valerio de Oliveira Mazzuoli atribui a importância do costume no Direito Internacional Público à falta de “um centro integrado de produção de normas jurídicas”⁶. O fato é que até hoje nenhum tratado multilateral conseguiu a ratificação por todos os Estados existentes no planeta⁷, e tentativas de codificar as normas costumes em assuntos específicos restaram frustradas, razão pela qual existem incontáveis lacunas que são preenchidas pelos costumes.

Merece destaque também o fato de que até a segunda metade do século XIX, grande parte da diplomacia era secreta e bilateral, além de a transmissão de informações ser bastante lenta, o que dificultava a identificação dos costumes internacionais. Entretanto, gradualmente, uma parte da diplomacia passou a ser conduzida de maneira pública e multilateral. Além disso, as comunicações foram aceleradas pelo desenvolvimento de novas tecnologias, o que possibilitou a transmissão de informações de forma instantânea⁸. Esses fatores

⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles

auxiliaram na clarificação do processo de formação dos costumes internacionais, até o ponto em que foi possível inclusive a positivação multilateral de um conceito para o termo.

Nesse sentido, quando da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, foi criado também um tribunal para julgar os litígios que eventualmente pudessem surgir entre tais nações. Assim, foi anexado à Carta das Nações Unidas, a qual foi assinada em São Francisco, na data de 26 de junho de 1945, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁹, no qual foram estabelecidas quais seriam as fontes que o referido tribunal poderia consultar para resolver as controvérsias, dentre as quais está o costume internacional:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais. que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.¹⁰

Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 3.

⁹ O Decreto nº 19.841 do Presidente da República, de 22 de outubro de 1945, promulgou a Carta das Nações Unidas e conseqüentemente o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

Desse modo, o conceito do costume internacional adotado atualmente é exatamente aquele que está descrito no Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “uma prática geral aceita como sendo o direito”.

Valerio de Oliveira Mazzuoli critica a redação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça apontando que a expressão “prova” não seria a mais adequada, pois o costume não é a prova de uma prática, mas sim a própria prática posta em exercício¹¹, ou ainda, o seu resultado¹². Assim também pensa Jorge Bacelar Gouveia, cujo entender é no sentido de que “o costume não é uma prova de uma prática, é própria prática que se eleva a norma jurídico-internacional¹³. Nesse mesmo sentido é a opinião de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, para quem “hoje a Teoria Geral do Direito não põe já em dúvida que o costume, interno ou internacional, não é a prova de uma norma jurídica, mas é o próprio modo de formação da norma, que não existe independentemente do uso e da opinio juris”¹⁴.

Muitas e diversificadas são as opiniões dos doutrinadores sobre o costume, as quais, como afirma Salem Hikmat Nasser, variam da “condenação à irrelevância, provocada pelo avanço do direito escrito, e o diagnóstico de um papel preponderante continuado e sempre renovado”¹⁵. Para o referido autor o costume ainda é a fonte por excelência do atual direito internacional, em constante evolução, por desempenhar um papel de grande magnitude e relevância, especialmente em uma sociedade de Estados soberanos, cujas vontades nem sempre são manifestas quando necessárias para a formação dos tratados e convenções.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.102.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 263.

¹³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 103.

¹⁴ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 159.

¹⁵ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 70.

A seguir serão apresentadas as principais teorias sobre o fundamento da obrigatoriedade do costume, na sequência serão expostos os elementos de formação do costume e após serão explicadas as suas principais características.

1.1. Teorias

As teorias que estudam o costume internacional diferenciam-se por cada uma defender um fundamento diferente para a obrigatoriedade do costume: para os consensualistas ou voluntaristas o costume seria vinculante pois decorre da vontade dos Estados, assim como acontece com um tratado, já para os objetivistas a obrigatoriedade do costume deriva do fato de essa norma brotar das relações jurídicas travadas entre os Estados na convivência na sociedade internacional.

A identificação do fundamento do costume é importante para determinar de quais Estados o cumprimento dessa norma pode ser cobrado.

Cada teoria tem os seus méritos e deméritos, conforme é explicado a seguir.

1.1.1. Teoria consensualista ou voluntarista

A teoria consensualista ou voluntarista, conforme ensina José Francisco Rezek, defende que a legitimidade do caráter vinculante de um costume provém da mesma justificativa para a legitimidade de caráter vinculante de um tratado: o consentimento dos Estados. De acordo com José Francisco Rezek, tal pensamento foi primeiramente expresso por Hugo Grotius (ou Grócio), compartilhado por Emer de Vattel e prestigiado pelas escolas positivistas da Alemanha e da Itália, além de ter sido adotado por grande parte dos autores do cenário internacional que não estavam comprometidos com outras escolas doutrinárias¹⁶.

¹⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

Tal teoria, nas palavras de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, estaria atualmente em decadência¹⁷, o que de fato se constata a partir da análise dos escritores contemporâneos.

As críticas feitas por autores como Jorge Bacelar Gouveia são no sentido de que:

esta explicação jamais pode ser aceite, tropeçando em duas evidências que a imediatamente deitam por terra: por um lado, se assim fosse, isso pressuporia que todos os Estados deveriam conhecer a formação do costume, quando nem sempre isso sucede: por outro lado, tal teoria não explica o motivo por que os novos Estados que ascendem à vida da sociedade internacional se consideram vinculados a costumes relativamente aos quais, no momento da sua formação, nem sequer existiam, por maioria de razão não podendo dizer sim ou não, mesmo que tacitamente, no tocante à sua vigência¹⁸.

O autor defende que “o fundamento dos costumes internacionais jamais pode ser a vontade dos Estados, mesmo que tácita, devendo ao invés, assentar no respeito por valores supremos decorrente do Direito Natural”¹⁹. Entretanto, o autor reconhece que a jurisprudência internacional sobre o assunto não é pacífica, pois existem decisões da Corte Internacional de Justiça em sentido exatamente oposto²⁰.

Contudo, conforme destaca José Francisco Rezek, esses publicistas que preferiam ver no costume uma regra objetiva, exterior e superior às vontades estatais, conferindo-lhe aura semelhante à do chamado direito natural, não apresentaram a razão por que a norma costumeira, se compreendida de tal

¹⁷ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 157.

¹⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108.

¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

²⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

forma, deveria obrigar Estados não comprometidos com sua prática, nem convencidos de sua validade como imperativo da razão humana²¹.

Também discordando dessa concepção jusnaturalista dada ao costume por alguns críticos da teoria consensualista, Alexandre Coutinho Pagliarini lembra que tanto o direito escrito quanto o direito consuetudinário são positivos: “um posto expressamente sobre as bases de um suporte físico, e outro posto pela reiteração e pela crença de licitude. [...] assim, no que atine ao costume, sua feição imaterial não é suficiente para fazer crer que o mesmo seja direito natural: costume internacional é direito posto”²².

Portanto, resumidamente, pode-se perceber que a teoria voluntarista ou consensualista justifica o caráter obrigatório do costume no fato de ele ter sido aceito voluntariamente pelos Estados, o que, por outro lado, é absolutamente irrelevante para os defensores da teoria objetivista, apresentada a seguir.

1.1.2. Teoria objetivista

Em oposição à doutrina consensualista está a teoria objetivista e antivoluntarista, a qual, segundo André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, prega que “o costume é uma forma espontânea de criação do Direito pela prática, em relação à qual falham todas as tentativas para a reconduzir à vontade do Estado”²³.

Conforme ensina José Francisco Rezek, a partir de Friedrich Carl von Savigny, alguns doutrinadores passaram a ver o costume como uma regra objetiva superior às vontades dos Estados. De acordo com esses autores o problema da teoria consensualista era de que ela não explicaria a obrigatoriedade da aplicação dos costumes para os Estados novos que surgissem apenas após os

²¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

²² PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Reflexões sobre o costume, como norma internacional imaterializada, e sobre o tratado, como norma internacional assentada em suporte físico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 12, n. 49, out./dez., 2004, p. 322.

²³ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 157.

costumes já terem se formado. Contudo, José Francisco Rezek critica tal perspectiva, pois destaca que tais doutrinadores não foram capazes de explicar por que o costume deveria obrigar Estados que não estavam comprometidos com aquela prática e que sequer estavam convencidos da sua validade, além de não apresentarem sequer uma justificativa para essa alegada obrigatoriedade²⁴.

O argumento que André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros levantam a favor dessa teoria é a ideia de que para a formação do costume é desnecessária a intervenção de todos os Estados, de acordo com o que se observa da realidade e da prática internacional²⁵.

Um questionamento que gera tal teoria é referente aos novos Estados: o costume seria oponível inclusive àqueles Estados que sequer existiam à época em que a norma se formou ou estes Estados que passaram a integrar a sociedade internacional após o costume já ter se estabelecido tem o direito de optar por se opor ao costume e não obedecê-lo?

José Francisco Rezek cita vários autores e suas tentativas de racionalizar a teoria: Paul Guggenheim teria questionado a necessidade da *opinio juris* para a formação de um costume; Alfred Verdross teria defendido que o comportamento da maioria dos Estados já seria suficiente para obrigar a minoria, assim como acontece no âmbito interno dos países onde há a centralização da autoridade; Rolando Quadri teria ido mais além e opinado que sequer a vontade da maioria seria necessária, bastando apenas a manifestação das forças preponderantes na cena internacional em favor do costume para este poder ser considerado vinculante. Por fim, Rezek conclui que “o próprio enunciado de semelhantes teses faz supor que seja hoje ocioso

²⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

²⁵ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 157.

contestá-las no domínio da análise jurídica, dada sua congênita e indisfarçada inconsistência”²⁶.

Em uma afirmação que parece bastante contraditória, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros defendem a obrigatoriedade dos costumes aos novos Estados, mas reconhecem que estes têm desempenhado um papel ativo na alteração de muitos costumes. Ora, se um Estado novo está vinculado a um costume preexistente como pode o Estado ser responsável por sua alteração se, de acordo com essa teoria, a única opção do Estado é obedecer ao costume? Seria porque o Estado na verdade não se sente vinculado a essa conduta considerada um costume, age em sentido contrário à dita norma e não é repreendido por outros Estados? Isso gera, no mínimo, sérias dúvidas se tal conduta seria mesmo um costume.

José Francisco Rezek salienta ainda que, embora o objetivismo defenda a inafastabilidade dos costumes preexistentes em relação aos novos Estados, alguns teóricos dessa corrente reconhecem que os Estados podem, contudo, evitar que certo costume lhes seja aplicado ao protestarem em sentido contrário ao costume que está se estabelecendo, além de outras formas expressas de rejeição. José Francisco Rezek comenta que parece que os objetivistas negam apenas aos novos estados a faculdade de oporem-se a um costume.²⁷

Em sentido exatamente oposto à corrente que adota, Valerio de Oliveira Mazzuoli defende ser viável e justo autorizar que os novos Estados possam escolher se se sujeitarão aos costumes já estabelecidos quando da sua independência quando tais normas afrontarem seus ideais mais fundamentais e também quando o costume em questão não se encontrar ainda perfeitamente

²⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131-132.

²⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-131.

nítido. O autor, contudo, ressalva que não deve haver opção quanto às normas imperativas do direito internacional, que formam o *jus cogens*²⁸.

Independentemente da teoria que se adote, o consenso entre os teóricos é de que para a formação de um costume é necessária a presença de dois requisitos, os quais são apresentados a seguir.

1.2 Formação do costume internacional

1.2.1 Métodos de formação do costume internacional

Antes de tratar propriamente dos elementos que compõem o costume internacional, cumpre salientar, em relação às maneiras pelas quais um costume pode se formar, que Valerio de Oliveira Mazzuoli afirma que existem basicamente dois processos de formação do costume, sendo que ambos coexistem no sistema atual. Para explicar o processo clássico de formação de um costume, o autor refere que Clóvis Beviláqua ensinava que esse processo possuía quatro momentos distintos: primeiramente haveria o surgimento de uma nova relação jurídica ou de uma ainda não disciplinada entre os Estados, na sequência essa situação passaria a ser regulamentada pelos princípios gerais de direito ou pela noção de justiça vigente, essa solução para o problema repercutiria de forma satisfatória no ordenamento jurídico internacional ou no entender dos seus sujeitos, adquirindo tendência a se repetir futuramente e, por fim, com o passar do tempo casos idênticos teriam o mesmo tratamento, passando tal prática a ser entendida como se direito fosse. Por outro lado, o mesmo autor refere que esse não é a única maneira de surgimento de um costume e explica que existem também os costumes os processos contemporâneos de formação de um costume, os quais se traduzem na prática das organizações internacionais, quando estas adotam diretrizes e resoluções que resultam de consensos obtidos nas reuniões das assembleias. Entretanto, o autor destaca que essas resoluções e diretrizes não representam

²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 264.

o costume em si, mas apenas o início do seu processo de formação dentro da organização internacional e entre os seus Estados membros²⁹.

1.2.2. Elementos para a formação do costume internacional

São dois os elementos necessários para a formação de um costume: um deles é o elemento material ou objetivo e o outro é o elemento psicológico ou subjetivo, estando ambos previstos no Estatuto da Corte Internacional de Justiça: a expressão “prova de uma prática geral” refere-se ao elemento material ou objetivo, enquanto que a expressão “aceita como sendo o direito” representa o elemento psicológico ou subjetivo.

Contudo, merece destaque que ambos os elementos estão intimamente ligados, conforme sublinha André Lipp Pinto Basto Lupi:

Os dois elementos têm uma relação de mútua complementariedade. Seguidamente a prova de um é a prova do outro. A convicção de um Estado de que uma norma é obrigatória pode estar contida numa lei do país, documento que também é prova da prática. A doutrina indica que há um balanço entre os dois elementos. A maior presença de um dispensa maior atenção ao outro. Normas de forte carga valorativa, apoiadas em axiomas de amplo consenso, dispensam prova mais robusta da prática. Por outro lado, quando muitos são os atos da prática confirmatórios do costume, menor esforço se requer para demonstração da convicção de obrigatoriedade³⁰.

Assim, feita a ressalva de que há uma íntima correlação entre os elementos formadores do costume, cada um deles será apresentado de forma separada apenas para fins de melhor compreensão do assunto.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.105

³⁰ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 24. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

1.2.2.1 Elemento material ou objetivo

Na ordem cronológica dos fatos, o elemento material ou objetivo é tido como antecedente em relação ao elemento psicológico, conforme refere Salem Hikmat Nasser: primeiramente certos usos seriam reproduzidos de forma generalizada pelos Estados, passando a constituir hábito das nações, para então ser construída a crença de sua obrigatoriedade jurídica³¹.

Como visto, segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, para que se constate a existência de um costume é preciso que haja uma “prática geral”, ou ainda na redação original, “general practice”.

Na tentativa de compreender o significado dessa expressão, analisa-se o significado individual de cada uma das palavras que compõem a expressão. Primeiramente, a palavra “prática” ou “practice” remete a uma conduta que seja repetida com o passar do tempo³². Tal reflexão levanta duas questões: (1) quais atos podem ser considerados uma conduta relevante para a formação de um costume e (2) por quanto tempo tal conduta dever ser repetida para que seja considerada um costume. Já a palavra “geral” ou “general” nesse contexto parece referir-se a algo que envolve, quando não a integralidade, pelo menos a maioria³³, e por esse motivo a questão que se apresenta é a seguinte: (3) quantos Estados devem realizar tal comportamento para que ele caracterize uma prática geral?

³¹ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 70.

³² De acordo com o Cambridge Dictionary esta é a definição de “practice”: “noun (regular activity): something that is usually or regularly done, often as a habit, tradition, or custom”. A tradução livre seria algo como: “substantivo (atividade regular): algo que é usualmente ou regularmente feito, frequentemente como um hábito, uma tradição ou um costume”. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/practice_2>. Acesso em: 10 maio 2014.

³³ De acordo com o Cambridge Dictionary a definição de “general” seria a seguinte: “adjective (common): involving or relating to most or all people, things, or places, especially when these are considered as a unit”. A tradução livre seria algo como “adjetivo (comum): que envolve ou que se relaciona à maioria ou a todas as pessoas, coisas ou lugares, especialmente quando estes são considerados como uma unidade”. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/general_1?q=general>. Acesso em: 10 maio 2014.

Sabe-se que não há uma resposta completamente satisfatória a esses questionamentos, pois a verificação da ocorrência do elemento material ou objetivo só ocorre de fato quando tal costume é utilizado na solução de controvérsias³⁴, de forma que tudo depende das circunstâncias de cada caso³⁵. De qualquer forma, como a presente pesquisa se trata de um trabalho teórico, apresenta-se abaixo as respostas encontradas na doutrina pra esses questionamentos.

1.2.2.1.1 Atos que podem ser considerados uma conduta relevante para a formação de um costume

Conforme a lição de José Francisco Rezek, a prática cuja repetição caracteriza o elemento material ou objetivo não precisa necessariamente ser positiva, podendo também consistir em uma omissão, uma abstenção, um não fazer³⁶. José Francisco Rezek ensina que a prova do costume pode ser realizada não apenas com a demonstração de atos estatais do Poder Executivo (geralmente decorrentes da prática diplomática), mas também com a comprovação da existência de atos do Poder Legislativo (textos legais) e do Poder Judiciário (decisões judiciais) atestando o costume, já que muitas vezes inexistem documentos diplomáticos sobre o assunto, mas apenas elementos do direito interno³⁷.

Para Salem Hikmat Nasser toda a prática estatal é relevante para averiguar-se a existência do costume: as ações, as omissões, as opiniões, os documentos assinados e os rejeitados, e a participação nas organizações internacionais³⁸.

³⁴ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 72.

³⁵ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 160.

³⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

³⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122-123.

³⁸ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 72.

Por sua vez, Valerio de Oliveira Mazzuoli refere que o importante aqui é a constatação da multiplicação dos precedentes, os quais para ele se entendem como casos em que os Estados ou as Organizações Internacionais apresentaram determinado comportamento de forma reiterada e uniforme diante de fatos semelhantes. E essa repetição (progressiva e espontânea), de acordo com o autor, geraria um hábito que não precisaria necessariamente ser imemorial ou comissivo, podendo consistir em uma abstenção ou um não-fazer. Aliás, o autor refere também que a repetição não precisa ser atos idênticos, bastando que estejam relacionados a uma mesma matéria ou a um fato semelhante³⁹.

Quanto às omissões, André Lipp Pinto Basto Lupi considera com cautelar a ideia de que uma omissão possa contribuir para a configuração de um costume tanto quanto uma ação concreta contribui. O autor relembra que a doutrina ocasionalmente levanta a questão da oportunidade, de forma que seria relevante a omissão daquele Estado que teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto e ficou silente⁴⁰.

Todos os referidos autores concordam que não apenas os atos dos Estados, mas também os atos das Organizações Internacionais (OI) são relevantes para a formação do costume, tendo José Francisco Rezek inclusive afirmado que não se tem notícia de nenhum fundamento lógico que autorizasse pensamento em sentido diverso⁴¹. André Lipp Pinto Basto Lupi afirma que tanto os Estados quanto as Organizações estão aptos a contribuir com seus atos para a formação de um costume⁴². Valerio de Oliveira Mazzuoli cita os seguintes exemplos para os atos das OIs que poderiam representar peças para a

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.103.

⁴⁰ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 34. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁴¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁴² LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 36. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

configuração do elemento material do costume: decisões, diretrizes, declarações, recomendações, resoluções. Aliás, o autor refere que inclusive textos convencionais poderiam criar costumes, e cita como exemplo disso as cláusulas-tipo referentes ao standard da não-ofensa à ordem pública e aos bons costumes⁴³. Contudo, o autor reconhece ser impossível prever critérios exaustivos para a limitação de quais condutas podem ser consideradas no somatório para a criação de um costume⁴⁴.

Valerio de Oliveira Mazzuoli, além disso, defende que os tratados podem consistir em prova de uma determinada prática costumeira.⁴⁵ José Francisco Rezek também afirma que os textos convencionais e seus trabalhos preparatórios podem consistir em prova de um costume, se observada a metodologia própria. Nesse sentido, o autor explica que os tratados multilaterais dificilmente criam regras a partir do nada, pois é comum que positivem costumes preexistentes ou consolidem um costume ainda em estado de formação⁴⁶.

André Lipp Pinto Basto Lupi existem três hipóteses em que um tratado pode configurar conduta relevante para a configuração de um costume:

- 1) o uso continuado de certas cláusulas em tratados bilaterais, ou a supressão de cláusula que era comum em tratados bilaterais anteriores sobre a matéria; 2) a oponibilidade de um tratado a um Estado que não o ratificou ou que nem o assinou; 3) a contribuição de um tratado de codificação como evidência do costume geral e, portanto, oponível erga omnes⁴⁷.

⁴³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.103-104.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 264.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.103.

⁴⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

⁴⁷ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 30. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Quanto à tese de que os textos convencionais poderiam gerar costumes, uma questão que se faz presente é a possibilidade de se considerar que as Resoluções da Assembleia Geral das ONU poderiam dar origem a normas costumeiras. Tal questionamento possui uma grande conotação política, pois na Assembleia Geral da ONU os países em desenvolvimento superam em número os países desenvolvidos⁴⁸. Quanto a esse ponto, André Lipp Pinto Basto Lupi, citando Jimenez de Aréchaga, refere que os seguintes fatores seriam relevantes para averiguar se uma resolução pode contribuir para a formação do costume: redação do texto (se indica posição consumada ou meras intenções), declarações (repercussão da Resolução entre os Estados), debates (conferir se o resultado final é compatível com as opiniões discutidas durante a negociação da Resolução), e a prática posterior⁴⁹.

Por fim, merece destaque as conclusões a que chegou o comitê da International Law Association quanto aos pontos mais controvertidos no que se refere a esse tópico. Quanto ao sujeito que executa a prática estatal, o comitê concluiu que os atos de indivíduos, empresas, etc. não contam como prática estatal a não ser que executados em favor do Estado ou por ele ratificados; os atos dos poderes executivo, legislativo e judiciário podem ser considerados prática estatal de acordo com as circunstâncias do contexto; não é adequado considerar as decisões de cortes internacionais como prática estatal⁵⁰. Já quanto aos atos relevantes para a prática estatal o relatório foi no sentido de que os atos verbais contam tanto quanto os atos físicos, além de que os atos

⁴⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Fomation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 3.

⁴⁹ LUPU, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 33. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁵⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Fomation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 13-15.

só são relevantes se forem públicos e que, nas circunstâncias apropriadas, as omissões podem sim contar como prática estatal⁵¹.

Como a finalidade deste trabalho não é estudar a fundo quais atos podem efetivamente ser relevantes para a identificação da prática estatal que forma o costume, após apresentadas as conclusões do Comitê supramencionadas, parte-se para os demais questionamentos.

Cumprе salientar ainda apenas que este tópico está diretamente ligado às questões que envolvem a prova do costume, a qual será analisada em um tópico específico, uma vez que o objetivo deste questionamento era apenas a identificação das condutas que poderiam ser consideradas relevantes para a formação de um costume.

1.2.2.1.2 Período de tempo durante o qual tal conduta dever ser repetida para que seja considerada um costume

Jorge Bacelar Gouveia recorda que durante muito tempo o entendimento sobre essa questão era de que a prática deveria ser reiterada desde muito tempo para poder ser relevante para a formação do costume, não bastando a comprovação de seu estabelecimento em um período recente⁵².

Quanto a este ponto, José Francisco Rezek lembra que as normas referentes ao mar, à guerra e à gênese dos tratados, que se formaram em um passado distante, só foram definitivamente consolidadas após o transcurso de alguns séculos. Contudo, o autor reconhece que a celeridade do mundo contemporâneo contagiou o processo de formação dos costumes, destacando nesse sentido a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre a Plataforma Continental do Mar do Norte, caso em que foi considerado que o transcurso de

⁵¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 16-19.

⁵² GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

um período de tempo reduzido não constitui empecilho para o reconhecimento da formação de um novo costume⁵³.

De fato, como afirmam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, o requisito da antiguidade da prática foi bastante suavizado atualmente, o que tem permitido o surgimento de novos costumes em pouco tempo⁵⁴.

Nesse aspecto, Jorge Bacelar Gouveia também concorda que o requisito da imemorialidade que vigorava anteriormente se mostra incompatível com a grande velocidade dos acontecimentos e das mudanças na sociedade internacional atual, defendendo que sequer há um prazo determinado e que, em um curto lapso de tempo, podem sim ser formados costumes, “quase podendo ser instantâneos”⁵⁵.

André Lipp Pinto Basto Lupi, por sua vez, entende que quanto ao aspecto temporal é necessária a combinação de dois fatores: frequência (recorrência ou repetição) e duração (prolongamento no tempo passado). Segundo o referido autor, “quanto mais vezes haja de repetido uma determinada postura dos Estados, tanto menos é necessário que ela seja encontrada desde tempos imemoriais. Agrega-se, assim, a ideia de continuidade, que exige certa repetição dos atos durante o período de formação do costume”⁵⁶.

1.2.2.1.3 Quantidade de Estados que devem realizar tal comportamento para que ele caracterize uma prática geral

Aqui merece destaque o fato de que quando o Estatuto da Corte Internacional de Justiça foi redigido, o mundo era composto por um número muito inferior de

⁵³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997, p. 155.

⁵⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

⁵⁶ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 35-36. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Estados. Nesse sentido, veja-se que a ONU era composta em 1951 por 51 membros, sendo que hoje já são 193 membros⁵⁷.

Historicamente, segundo Jorge Bacelar Gouveia, um número reduzido de Estados não era considerado relevante, pois haveria a necessidade de que uma quantidade apreciável de sujeitos internacionais executarem a prática para que ela pudesse ser considerada um costume. Obviamente que esta não é mais a opinião dominante hoje em dia, mas o autor não apresenta qual seria o quorum necessário, limitando-se a apenas sublinhar a exigência de que a prática seja uniforme⁵⁸.

Aqui José Francisco Rezek explica que na verdade existem diversos graus de generalidade no espaço, destacando a possibilidade de formação de costumes apenas regionais, e que os redatores do Estatuto provavelmente tiveram a intenção de falar em uma prática comum a vários Estados⁵⁹.

Já Valerio de Oliveira Mazzuoli faz uma classificação um pouco mais detalhada, mas que chega aos mesmos resultados. O autor classifica os costumes internacionais em universais e particulares: o universal seria aquele que abrange todos os estados existentes no planeta independentemente de terem ou não participado de sua formação, e particulares seriam o costume regional (aquele que diz respeito a apenas aos estados localizados em determinada região geográfica) e o costume local (aquele que envolve a relação de apenas dois estados)⁶⁰. Contudo o autor não qualifica o quorum necessário para a formação do costume, limitando-se a dizer que um costume não depende necessariamente da vontade de todos os Estados e citando como exemplo disso os costumes regionais⁶¹.

⁵⁷ <http://www.un.org/en/members/growth.shtml>

⁵⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104-105.

⁵⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.106.

⁶¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 268.

O que merece destaque nesse tópico é o comentário feito por José Francisco Rezek, quando alerta para o risco de se supor e qualificar como universais certos costumes que na verdade são regionais, o que, segundo José Francisco Rezek, foi um dos grandes erros de parte dos doutrinadores europeus. Nesse sentido, o autor destaca as palavras de outro escritor, Michael Akehurst, que destacou que o fracasso da tentativa de codificar uma prática considerada um costume levanta dúvidas sobre se tal conduta realmente seria um costume, fazendo alusão ao caso da extensão limitada do mar territorial. Segundo Rezek, esse caso consistiu na tentativa frustrada de se codificar, como sendo um costume universal, um costume que na verdade era tipicamente europeu, pois estritamente relacionado aos mares que circundam a Europa e a suas dimensões⁶².

Salem Hikmat Nasser explica que a exigência de a prática ser geral não significa que ela deva ser universal, admitindo assim como José Francisco Rezek, que o Direito Internacional reconhece a possibilidade de criação de costumes regionais e até bilaterais. O que o autor destaca é que a prática deve ser uniforme, constante, contínua e frequente, devendo assim haver um quantum significativo de prática⁶³.

Por fim, destaca-se o resumo feito por André Lipp Pinto Basto Lupi, para quem “para atribuir significado à generalidade, ou dispersão, os autores costumam associar o termo *geral* a *comum* e negar a sua ligação ao termo *universal* ou *unânime*”⁶⁴.

Assim, percebe-se que, na verdade, nenhuma das perguntas possui uma resposta exata: vários são os atos estatais que podem ser considerados

⁶² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

⁶³ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um Estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 72-73.

⁶⁴ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos**: Derechos y Valores, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 35. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

relevante para a formação de um costume, não há um tempo determinado em que a conduta deve ser repetida para que seja considerada um costume e, de igual forma, não há um número mínimo de Estados que devem realizar o comportamento para que ele caracterize uma prática geral, bastando que se verifique que ela ocorre de forma generalizada.

1.2.2.2 Elemento psicológico ou subjetivo (*opinio juris*)

O elemento psicológico ou subjetivo, também chamado de *opinio juris*, por sua vez, trata da forma com que a conduta reiterada é interpretada pelos Estados: se for vista como algo de caráter normativo e vinculante, então estar-se-á diante de um costume, caso contrário tratar-se-á apenas de um uso.

Nas palavras de José Francisco Rezek, o elemento subjetivo ou psicológico significa “a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e conseqüente jurídico”⁶⁵.

Valerio de Oliveira Mazzuoli descreve o elemento psicológico como “a convicção de que aquilo que se pratica deve ser realmente cumprido” e defende que as seguintes situações podem ser classificadas como indícios do elemento psicológico: ratificação de tratados, atos diplomáticos estatais expressos ou tácitos, manifestações unilaterais constantes dos sucessivos governos num mesmo sentido, decisões reiteradas de organizações internacionais⁶⁶.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, a complexidade de caracterização do elemento psicológico seria tamanha, quando comparada com o elemento material, que o autor percebeu que se tem aceitado, nos últimos tempos, a existência de uma presunção *juris tantum* de que a formação do elemento

⁶⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.104.

objetivo permitiria supor a presença do correspondente elemento psicológico, se nenhuma circunstância do caso concreto levar a crer o contrário⁶⁷.

Uma vez expostos os elementos que formam o costume, cumpre apresentar um conceito analítico e mais completo para o termo que relacione ambos os elementos, e aqui utiliza-se a conclusão a que chegou o Comitê da International Law Association:

[...] uma regra de direito internacional consuetudinário é a que é criada e sustentada pela prática constante e uniforme dos Estados e de outros sujeitos de direito internacional [...], em circunstâncias que originam uma expectativa legítima de semelhante conduta no futuro.

(ii) Se um número suficientemente extenso e representativo de Estados participar de tal prática, de forma consistente, a regra resultante é considerada parte do "direito consuetudinário internacional geral" [...]

(iii) No caso de existir uma norma de direito internacional consuetudinário geral, para que qualquer Estado seja a ela vinculado, não é necessário provar o seu consentimento ou a sua crença no caráter obrigatório ou permissivo da norma (conforme o caso)⁶⁸.

⁶⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 107.

⁶⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 8, tradução livre de: [...] a rule of customary international law is one which is created and sustained by the constant and uniform practice of States and other subjects of international law in or impinging upon their international legal relations, in circumstances which give rise to a legitimate expectation of similar conduct in the future. (ii) If a sufficiently extensive and representative number of States participate in such a practice in a consistent manner, the resulting rule is one of "general customary international law". Subject to Section 15, such a rule is binding on all States. (iii) Where a rule of general customary international law exists, for any particular State to be bound by that rule it is not necessary to prove either that State's consent to it or its belief in the rule's obligatory or (as the case may be) permissive character.

Desse modo, nota-se que o elemento psicológico ou subjetivo consiste na percepção de que a conduta reiterada possui caráter normativo e vinculante.

Vistos os dois elementos de formação do costume internacional, dá-se sequência ao presente trabalho destacando-se algumas das principais características do costume internacional.

1.3 Características do costume internacional

Após expostas as duas teorias que procuram explicar a obrigatoriedade do costume internacional e os seus elementos de formação, são pontuadas a seguir algumas das suas principais características para uma melhor e mais ampla compreensão do conceito do costume internacional.

1.3.1 Positivção

Valerio de Oliveira Mazzuoli destaca que a positivção de norma consuetudinária em norma convencional não extingue a sua forma original, muito pelo contrário: “o costume, mesmo positivado em tratado, continua a existir para aqueles Estados que desse tratado não são partes ou, ainda, para aqueles Estados que se retiram desse mesmo instrumento pela denúncia unilateral”⁶⁹.

1.3.3 Hierarquia

Apesar de o costume estar previsto na alínea “b” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e o tratado estar previsto na alínea “a”, conforme ensina José Francisco Rezek, a intenção do referido texto não foi estabelecer uma hierarquia entre essas duas fontes de direito⁷⁰.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.102.

⁷⁰ REZEK, José Franciso. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

De fato: não há hierarquia entre as duas principais fontes do direito internacional público: costume e tratado possuem uma proeminência sobre as demais fontes do direito internacional público e possuem a mesma autoridade tanto no âmbito doméstico como no internacional⁷¹.

1.3.4 Conflito de normas envolvendo costumes

1.3.4.1 Conflito entre costumes

Quando ocorrer o conflito de costumes sobre a mesma matéria, Valerio de Oliveira Mazzuoli propõe a utilização dos métodos tradicionais. Desse modo, se houver dois costumes universais diferentes sobre a mesma matéria, o costume posterior prevalecerá sobre o anterior, e a mesma solução se aplicaria no caso de dois costumes regionais sobre o mesmo assunto. Além disso, o autor explica que na hipótese de conflito entre um costume geral e um costume regional, este prevaleceria devido à sua especialidade.

1.3.4.2 Conflito entre costume e tratado

Em relação às demais fontes do direito internacional público, cumpre salientar que um tratado pode derogar um costume da mesma forma que um costume pode derogar uma norma prevista em um tratado, sendo que neste último caso fala-se que o tratado caiu em desuso, conforme ensina José Francisco Rezek⁷².

Ainda no que se refere à solução de conflitos normativos, Valerio de Oliveira Mazzuoli refere que quando o conflito ocorre entre um tratado e um costume, os tribunais tem entendido pela prevalência do tratado sobre o costume, por aquele estabelecer normas específicas e trazer mais segurança e estabilidade para as relações jurídicas internacionais. De acordo com o autor o único caso

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.106.

⁷² REZEK, José Franciso. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

em que o costume prevaleceria sobre o tratado seria quando se tratar de norma de *jus cogens*, pois nesse caso a norma prevalece sobre qualquer outra, seja costume, seja tratado, conforme estabelece o Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁷³:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.⁷⁴

1.3.5 Ônus da prova do costume

Conforme determinou a Corte Internacional de Justiça ao julgar o famoso caso envolvendo a Colômbia e o Peru sobre asilo político, a prova do costume cabe a quem o alega, de acordo com a interpretação feita pela Corte da redação do Art. 38 de seu Estatuto⁷⁵.

Conforme destaca André Lipp Pinto Basto Lupi, os costumes tem que ser provados por quem os invoca e a parte contrária pode trazer provas no sentido oposto para tentar negar a existência da norma⁷⁶.

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.107.

⁷⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Asylum case. Colômbia x Peru. Julgamento em 20 nov. 1950. Reports of judgments, advisory opinions and orders. p. 276-277. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁷⁶ LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegômenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 24. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Devido à dificuldade que é provar a existência de um costume, Valerio de Oliveira Mazzuoli refere que a Corte Internacional de Justiça tem apresentado uma tendência a flexibilizar essa prova.

1.4 Jurisprudência internacional

Como visto até aqui, vários são os trabalhos acadêmicos sobre o costume internacional, mas a mesma abundância não se verifica na jurisprudência internacional sobre o assunto. Há decisões sobre o tema, contudo elas não tendem a ser sistemáticas, mas sim resolvem problemas incidentais sobre questões materiais. Por tal razão é que muitas questões referentes aos costumes continuam sem resposta pela jurisprudência⁷⁷.

Concluída a primeira parte do trabalho, a presente investigação segue para a sua segunda metade: a apresentação da teoria do objeto persistente, desde suas origens até o entendimento atual dos doutrinadores sobre o assunto, para então, ao final, abordar as possíveis causas encontradas para a falta de utilização na prática estatal da teoria do objeto persistente.

⁷⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 3.

2 TEORIA DO OBJETOR PERSISTENTE

2.1 Origens

A teoria do objetor persistente é a ideia de que se um Estado se opuser de forma persistente a um costume ainda em formação, quando tal costume se estabelecer de fato, esse Estado objetor persiste não estará sujeito ao cumprimento desse costume.

Conforme referem Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati, os comentários sobre a teoria do objetor persistente surgiram apenas dos anos cinquenta a partir de duas decisões ambíguas da Corte Internacional de Justiça e essa teoria somente se tornou de fato parte do direito internacional por volta dos anos setenta e oitenta⁷⁸.

2.1.1 Jurisprudência

As duas decisões que tipicamente são citadas como sendo a origem da teoria do objetor persistente são as seguintes: o caso do asilo envolvendo Colômbia e Peru e o caso da pesca entre o Reino Unido e a Noruega⁷⁹.

Na verdade, o caso do asilo oferece pouco embasamento para a teoria do objetor persistente, pois o foco da análise feita pela corte foi mostrar que o alegado costume na verdade não existia, não tendo sido analisado se o Peru apresentou objeções de forma persistente ou se o seu silêncio poderia ser considerado uma objeção tácita durante a formação do alegado costume⁸⁰.

⁷⁸ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 233-234, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁷⁹ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 234-235, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸⁰ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 235, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

Quanto ao caso da pesca, tratou-se de averiguar se a Noruega havia utilizado um método legalmente admissível para medir seu mar territorial. Aqui como no caso do asilo a análise feita pela corte foi no sentido de tentar provar a inexistência do costume. Subsidiariamente, a corte considerou que, uma vez constatada a existência da norma, tal costume não se aplicaria à Noruega, pois esta teria “always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast”⁸¹.

Assim, em ambas as decisões, como observado por Dino Kritsiotis, a Corte Internacional de Justiça considerou que o costume alegado na verdade não existia e, mesmo que existisse, nenhum dos costumes alegados seria capaz de obrigar estados que foram seus objetores persistentes⁸².

2.1.2 Evolução doutrinária

Inicialmente a teoria era defendida como um meio de possibilitar que os costumes de desenvolvessem mesmo quando houvesse a oposição de Estados. O argumento é de que sem a teoria do objeto persistente não seria possível o surgimento de um novo costume por causa das objeções de um ou mais Estados⁸³.

Ao comentar esse caso da pesca poucos anos após sua publicação, um consultor em relações exteriores da Grã-Bretanha considerou que a referida decisão da Corte Internacional de Justiça defendia o direito de um Estado optar

⁸¹ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 235, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸² KRITSIOTIS, Dino. On the possibilities of and for persistente objection. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 129. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=djCIL>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁸³ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 234, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

por não se sujeitar a um determinado costume antes de esse se cristalizar em uma norma definitiva⁸⁴.

Mais tarde, em 1962, o professor da Universidade de Oxford Humphrey Waldock, defendendo uma abordagem objetivista do costume internacional, afirmou que para opor um costume a um Estado não é necessário provar que esse Estado já havia em algum momento exteriorizado seu consentimento com tal norma, pois a sua aceitação seria presumida e, contra essa presunção, caberia prova em contrário a fim de demonstrar uma real oposição, situação em que então o costume não seria oponível ao Estado.

Quatro anos mais tarde, o advogado britânico Ian Brownlie publicaria o que se poderia chamar talvez de mais famoso trabalho sobre o direito internacional. Nesse trabalho, o qual, ao contrário do professor Humphrey Waldock, adota uma perspectiva consensualista, Ian Brownlie cunha o termo “objeto persistente” dando-lhe o seguinte significado: um Estado que não concorda com um determinado costume ainda em formação e que por tal razão não se submete a ele. Outros autores também vincularam a teoria do objeto persistente à concepção consensualista do direito internacional. Nesse sentido são os trabalhos do teórico francês Prosper Weil e do advogado de direito internacional e juiz da Corte Internacional de Justiça Hersch Lauterpacht.⁸⁵

Cerca de uma década após a publicação da pesquisa de Ian Brownlie, outro teórico britânico, Michael Akehurst, defendeu que a teoria do objeto persistente se fazia necessária para evitar problemas teóricos do costume internacional: de acordo com o referido escritor, se a oposição de um único Estado pode impedir que um costume se estabeleça, então novas regras dificilmente seriam criadas; por outro lado, se o costume internacional fosse

⁸⁴ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 236, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸⁵ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 237, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

oponível a um estado contra a sua vontade, seria porque os costumes seriam criados por um sistema de maioria de votos, mas seria impossível chegar um consenso sobre que maioria seria essa e se os votos de estados diferentes seriam ponderados de forma diferente.

Assim, tanto Humphrey Waldock quanto Michael Akenurst consideram a teoria do objetor persistente como sendo parte de um sistema no qual a oposição de alguns estados não impede que o costume se forme, apenas afasta a aplicação de tal costume a tais estados⁸⁶. Ambos os referidos autores viam na teoria do objetor persistente uma maneira de facilitar o desenvolvimento do direito consuetudinário⁸⁷.

Entretanto, Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati referem que os críticos dessa doutrina afirmam que a adoção dessa teoria implicaria um retorno à superada teoria consensualista já vista acima⁸⁸. Nesse sentido é a opinião de Valerio de Oliveira Mazzuoli, para quem essa teoria possui um cunho voluntarista e pretende basear-se no princípio de que o Direito Internacional depende essencialmente do consenso dos Estados⁸⁹. Um dos críticos que se pode destacar é Jonathan Charney, para quem a teoria do objetor persistente sequer seria coerente, pois não explicaria porque os Estados que discordam depois de a regra de formar estariam vinculados ao costume, de acordo com seu trabalho publicado em 1985⁹⁰.

⁸⁶ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 238, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸⁷ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 8, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸⁸ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 238, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 274.

⁹⁰ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 238, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

2.2 Estado atual

Para apresentar o entendimento atual sobre a teoria do objeto persistente será utilizado o roteiro da “Declaração de Princípios Aplicáveis à Formação do Direito Internacional Consuetudinário Geral”, que consiste no relatório final elaborado por um Comitê específico para este fim reunido pela International Law Association, do qual participou o professor brasileiro Guido F. S. Soares além de juristas de todo o mundo, tendo o referido relatório sido apresentado na conferência realizada em Londres em 2000.

Primeiramente, conforme inicia o relatório supra mencionado, cumpre diferenciar duas situações muito semelhantes: o caso de um Estado ou um grupo de Estado que seja muito importante em uma atividade específica poder impedir o desenvolvimento de um costume mediante sua oposição à formação desta norma e o caso de um Estado qualquer poder impedir que um costume em formação lhe seja imposto se este Estado se opuser de forma persistente a ele.

Para a primeira situação descrita, o Comitê da International Law Association entendeu se tratar de mera aplicação da regra de que, para um costume passar a existir, é necessário o elemento material, que, de acordo com o entendimento da Comissão significa traduz-se no requisito de que a prática seja adotada por Estados que tenham representatividade suficiente.

Dessa forma, a teoria do objeto persistente refere-se à segunda hipótese apresentada. De acordo com as conclusões que constam no relatório do referido Comitê, se de fato houver uma regra que defenda o objeto persistente, esta se aplica somente ao costume ainda em processo de formação, sem beneficiar, portanto, os Estados que surgiram apenas após o costume se estabelecer ou que se envolveram na atividade regulada pelo costume somente após este já ter se solidificado.

Consta ainda no referido documento que, embora alguns doutrinadores questionem a existência de tal regra, a grande maioria a aceita como parte do atual direito internacional. Além disso, há referência de que decisões judiciais e arbitrais defendem a existência dessa regra, não existindo nenhuma decisão em sentido contrário.

A objeção deve ser expressa e deve ser repetida tantas quantas forem as circunstâncias que assim o exigirem (caso contrário, não será considerada “persistente”).⁹¹

Entretanto, desde as duas decisões da Corte Internacional de Justiça mencionadas acima as evidências de prática estatal e *opinio juris* invocando essa teoria é bastante modesta⁹² e tal teoria é raramente utilizada⁹³.

Como observado pelo professor Samuel Estreicher, os Estados geralmente preferem não alegar serem objetores persistentes quando se opõem a um alegado costume, pois, na verdade, preferem defender o argumento “mais atrativo”, nas palavras do referido professor, de que os requisitos para a configuração do costume no caso concreto não foram devidamente preenchidos, defendendo assim a inexistência do suposto costume⁹⁴.

⁹¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 27.

⁹² BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 14. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁹³ ROBERTS, Anthea. Who killed article 38(1)(B)? A reply to Bradley & Gulati. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 176. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁹⁴ ESTREICHER, Samuel. A post-formation right of withdrawal from customary international Law: some cautionary notes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 61-62. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Entretanto, Edward T. Swaine, destaca que é possível que os Estados considerem a possibilidade de ser um objeto persistente como um mecanismo de barganha para moderar reivindicações censuráveis contra os costumes, caso em que a influência dessa teoria seria principalmente nos bastidores, o que poderia justificar a falta de recorrência expressa a ela pelos Estados⁹⁵.

2.3 Possíveis razões para a falta de utilização da teoria na prática

2.3.1 Superação do seu fundamento teórico

Como já referido anteriormente, há doutrinadores que entendem que a teoria do objeto persistente implicaria necessariamente na adoção da concepção consensualista do direito internacional consuetudinário. Assim, considerando que grande parte da doutrina considera superado esse entendimento, conseqüentemente a teoria do objeto persistente não teria mais sentido de acordo com o predominante entendimento objetivista do costume internacional.

Assim pensa Valerio de Oliveira Mazzuoli, que, por considerar o consensualismo uma ideia equivocada e já superada, afirma que a teoria do objeto persistente não tem mais razão de ser⁹⁶.

Contudo, nem todos os autores veem a teoria necessariamente como um retorno à concepção consensualista. Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati consideram a teoria do objeto persistente como um esforço para facilitar o desenvolvimento do direito internacional consuetudinário, e não um esforço para torná-lo mais consensual, de modo que a adoção da teoria do objeto persistente não representa um retrocesso à teoria consensualista, parecendo representar um esforço para tornar a formação do costume internacional menos consensual.

⁹⁵ SWAINE, Edward T. Bespoke Custom. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 214 Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=djCIL>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 274-275.

Além disso, para Valerio de Oliveira Mazzuoli, essa teoria também produziria a injustiça de não exigir dos Estados antigos a obediência ao costume ao qual eles se opuseram persistentemente, ao mesmo tempo em que exige que os novos Estados cumpram o costume, mesmo tendo em consideração que estes não tiveram a oportunidade de se opor ao costume no momento de sua formação já que estes novos Estados ainda não existiam nessa época. Para o referido autor, a saída para os novos Estados que desejam não se sujeitar a um costume já formado seria alegar que se trata de prática contrária os seus ideais ou que não se encontra perfeitamente nítida, pois nesses casos o autor considera escusável a não obediência ao costume⁹⁷.

Em relação à injustiça supra referida, Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati também concordam com essa crítica à teoria. Os referidos autores também não consideram justo o paradoxo: a teoria não permite que Estados recém formados possam optar por não se sujeitarem a costumes existentes desde antes da sua independência, ao mesmo tempo em que possibilita que estados já existentes possam não se sujeitar a um costume simplesmente através de objeções anteriormente feitas no momento em que a dita norma estava em formação⁹⁸.

2.3.2 Dificuldades estruturais

Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati acreditam que os estados acabam não recorrendo a essa teoria provavelmente devidos às suas características estruturais que representam dificuldades à sua aplicação⁹⁹. Nesse sentido, os

⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012, p. 274-275.

⁹⁸ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 434, nov. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁹⁹ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, 2010, p. 23. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

autores explicam que foram construídas dentro da doutrina várias limitações estruturais.

Primeiramente, Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati destacam o fato de que o estado interessado em não se sujeitar ao costume precisa apresentar suas objeções durante o processo de formação da norma. Ocorre que este é altamente incerto o que dificulta muito para o estado saber quando há um costume em gestação¹⁰⁰.

Como destaca André Lipp Pinto Basto Lupi, a simples possibilidade de se pôr em dúvida a existência da norma, antes mesmo de se conhecer seus exatos contornos e debater sua aplicabilidade ao caso concreto, já é um indício da sua grande indeterminação¹⁰¹.

Nesse sentido também é a opinião dos professores Chin Leng Lim e Olufemi Elias, para quem a teoria do objeto persistente exige e assume um alto grau de certeza legal na operação do direito consuetudinário internacional. De acordo com esses autores as dificuldades para a identificação do momento em que o costume passa a existir são muito bem conhecidas e têm sido discutidas extensivamente. A propósito, os autores ainda referem que não se tem sequer certeza sobre quais seriam os graus de generalidade, consistência e uniformidade exigidos para a configuração da conduta de um objeto persistente¹⁰².

¹⁰⁰ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, 2010, p. 24. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014. Nesse mesmo sentido também é outro trabalho dos mesmos autores: BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 444, nov. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

¹⁰¹ LUPU, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegômenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 24. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

¹⁰² LIM, C. L.; ELIAS, Olufemi. Withdrawing from custom and the paradox of consensualism in international law. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 24. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Dessa forma também pensa o professor Laurence R. Helfer da Duke University, pois ele considera que, levando-se em consideração a dificuldade amplamente reconhecida de se identificar quando o somatório da prática estatal e da *opinio juris* resultarão em um costume, uma norma que permite a exclusão de um estado antes de sua formação que a proíbe após a sua formação seria mesmo impraticável e muito difícil de executar¹⁰³.

Sem falar que pode ocorrer de o estado só passar a ter interesse na atividade objeto do costume quando este já está consolidado e aí já é tarde demais para discordar¹⁰⁴.

Em segundo lugar, Curtis A. Bradley e G. Mitu Gulati lembram que as manifestações contra o costume em formação devem ser persistentes, ou seja, de forma reiterada e proeminente, o que significa que o estado interessado em não se sujeitar ao costume e que expor sua oposição acabará entrando em atrito com as nações que estão tentando solidificar o costume, o que poderá ter consequências mais grave mais tarde, diante da possibilidade de retaliação e da perda de oportunidades de cooperação¹⁰⁵.

¹⁰³ HELFER, Laurence R. Exiting Custom: analogies to treaty withdrawals. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 70. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

¹⁰⁴ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, 2010, p. 24. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014. Nesse mesmo sentido também é outro trabalho dos mesmos autores: BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 444, nov. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

¹⁰⁵ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, 2010, p. 24. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014. Nesse mesmo sentido também é outro trabalho dos mesmos autores: BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 444, nov. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

Por fim, considerando a inevitável incerteza que é inerente ao processo de formação de um costume, pode ocorrer de um estado interessado em escapar de um costume em formação optar por não se manifestar de forma reiterada e proeminente em desfavor de tal prática por medo de os outros estados utilizarem suas manifestações para demonstrar que o costume na verdade já estava consolidado e que tais objeções supostamente intempestivas de nada adiantariam para afastar a sua obrigatoriedade¹⁰⁶.

¹⁰⁶ BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, 2010, p. 24. Disponível em: < <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014. Nesse mesmo sentido também é outro trabalho dos mesmos autores: BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 444, nov. 2011. Disponível em: < http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

CONCLUSÃO

A partir da revisão bibliográfica realizada nesse trabalho, percebeu-se que, apesar da crescente importância dos tratados internacionais, o costume continua sendo uma das principais, senão a mais importante, fonte do direito internacional.

Além disso, constatou-se também, com base nos escritos dos doutrinadores, uma superação da teoria consensualista e a adoção de forma generalizada da teoria objetivista. Ademais, quando analisados os dois elementos de formação do costume internacional, restou bastante evidente a incerteza que o cerca: no que se refere ao elemento material, não há um rol extensivo de todos os atos estatais que podem ser considerados relevantes para a configuração de um costume e não há uma quantidade mínima de Estados nem um período mínimo de tempo em que a conduta deve ser realizada pelas nações para que seja tida como um costume; já quanto ao elemento subjetivo, sua própria natureza interpretativa já é dotada de incerteza. Contudo, as dúvidas que envolvem o costume internacional não o tornam menos concreto, tanto que foi possível apontar diversas das suas principais características.

Por outro lado, percebeu-se que a teoria do objeto persistente teve suas origens na jurisprudência, tendo então evoluído através dos trabalhos dos doutrinadores que se dedicaram ao assunto, consistindo hoje na ideia de que se um Estado se opuser de forma persistente a um costume ainda em formação, quando tal costume se estabelecer de fato, esse Estado objeto persistente não estará sujeito ao cumprimento dessa norma.

Entretanto, viu-se que, após as decisões judiciais que originaram a teoria, não se teve mais notícia de sua utilização pelos Estados. Contudo, ao final concluiu-se que a falta de utilização prática não parece dever-se a um imaginável repúdio à teoria por parte das nações, aparentando, na verdade, provavelmente decorrer da superação do seu fundamento teórico (consensualismo) e das dificuldades estruturais da própria teoria do objeto persistente.

REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS

BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Customary International Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Mandatory versus Default View: How Can Customary International Law be Improved? **The Yale Law Journal**, v. 120, p. 434, nov. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2995&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRADLEY, Curtis A.; GULATI, G. Mitu. Withdrawing from International Custom. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 2, p. 202-275, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/withdrawing-from-international-custom>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Asylum case. Colômbia x Peru. Julgamento em 20 nov. 1950. Reports of judgments, advisory opinions and orders. p. 276-277. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

ESTREICHER, Samuel. A post-formation right of withdrawal from customary international Law: some cautionary notes. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 61-62. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HELPER, Laurence R. Exiting Custom: analogies to treaty withdrawals. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010. Disponível em:

<<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. London Conference. Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>>. Acesso em 29 abr. 2014.

KRITSIOTIS, Dino. On the possibilities of and for persistente objection. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 129. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

LIM, C. L.; ELIAS, Olufemi. Withdrawing from custom and the paradox of consensualism in international law. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

LUPI, André Lipp Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, v. XII, n. 24, jul./dez., 2009, p. 24. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617269003.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, a. 101, v. 921, julho/2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional: um Estudo sobre a Soft Law**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Reflexões sobre o costume, como norma internacional imaterializada, e sobre o tratado, como norma internacional assentada em suporte físico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 12, n. 49, out./dez., 2004.

PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS; Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almeida, 1997.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBERTS, Anthea. Who killed article 38(1)(B)? A reply to Bradley & Gulati. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 176. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.

SUANNES, Adauto. **O Costume como Fonte do Direito Internacional: relembando Nuremberg**. In: BAPTISTA, Luiz Otávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Direito Internacional Público: Teoria Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

SWAINE, Edward T. Bespoke Custom. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 21, n. 1, 2010, p. 214 Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=djcil>>. Acesso em: 10 maio 2014.