



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

João Luiz de Carvalho Nascimento Melca

**PARLAMENTO DO HOMEM? AS  
RESOLUÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DAS  
NAÇÕES UNIDAS E O PROCESSO DE  
FORMAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-  
Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu  
orientada pelo Professor Doutor Francisco António Macedo Lucas  
Ferreira Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.**

Maio de 2023



**João Luiz de Carvalho Nascimento Melca**

**Parlamento do Homem? As Resoluções da Assembleia Geral das Nações  
Unidas e o Processo de Formação do Costume Internacional**

**Parliament of Men? The Resolutions of the United Nations General Assembly  
and the Process of Customary International Law Formation**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
Área de Especialização em Ciências Jurídico-  
Políticas/Menção em Direito Internacional Público e  
Europeu

Orientador: Professor Doutor Francisco António Macedo Lucas Ferreira Almeida  
Coimbra, 2023

## **Agradecimentos**

Gostaria de agradecer à minha família e amigos, cujo apoio foi imprescindível para a conclusão deste trabalho.

Devo muito aos meus amigos e amigas de graduação e mestrado, na companhia dos quais aprendi e debati o Direito Internacional Público.

Também gostaria de agradecer sinceramente ao professor doutor Francisco António Macedo Lucas Ferreira Almeida, orientador da presente dissertação, que me incentivou e auxiliou a explorar os debates contemporâneos do Direito Internacional. Sou grato pelo seu apoio e solicitude.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel desempenhado pelas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas no processo de formação do costume internacional.

Na primeira parte, detalhamos o processo de formação do costume internacional, traçando algumas considerações sobre a relação entre os dois elementos do costume, a prática estatal e a *opinio iuris*, o papel das resoluções e a ideia de "*costume instantâneo*".

Em seguida, examinamos a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça sobre o tema, em especial os casos "*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*" de 1986, "*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*" de 1996 e "*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*" de 2019, detalhando o método utilizado pela Corte para determinar a existência de normas costumeiras a partir de resoluções da Assembleia Geral.

Na última parte analisamos a relação das resoluções da Assembleia Geral com o fenômeno da "democratização" do processo de formação do costume internacional, reavaliando a participação necessária para a criação de normas e o conceito de estados cujos interesses são especialmente afetados. Também apresentamos abordagens do costume internacional diferentes do paradigma voluntarista dominante.

**Palavras chave:** Direito Internacional Público; Costume Internacional; Direito Costumeyro Internacional; Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.

## ABSTRACT

This work presents an analysis of the role of the United Nations General Assembly resolutions in the process of Customary International Law formation.

In the first part, we describe the process of Customary International Law formation, examining the relationship between the two elements of custom, state practice and *opinio iuris*, the role of General Assembly resolutions, and the concept of "*instant customary law*".

Next, we exam the International Court of Justice case law, specially the 1986 "*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*", the 1996 "*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*" and the 2019 "*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*" cases, describing the Court's methodology to ascertain the existence of customary norms from General Assembly resolutions.

In the last part we analyze the connection between General Assembly resolutions and the "democratization" of the process of Customary International Law formation, reevaluating the necessary participation for the creation of norms and the concept of "specially affected states". We also present some new approaches to international custom that challenge the predominant voluntaristic approach.

**Keywords:** Public International Law; Customary International Law; International Custom; United Nations General Assembly Resolutions.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Assembleia Geral das Nações Unidas – AGNU

Associação de Direito Internacional - ADI

Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas – CDINU

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH

Conselho de Segurança das Nações Unidas – CSNU

Corte Internacional de Justiça – CIJ

Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI

Organização das Nações Unidas - ONU

## ÍNDICE

<b><u>1. Introdução</u></b> .....	8
<b><u>2. Costume Internacional e as Resoluções da Assembleia Geral</u></b> .....	11
<b><u>2.1 Prática Estatal</u></b> .....	11
<b><u>2.2 Opinião Iuris</u></b> .....	13
<b><u>2.3 Objeto Persistente</u></b> .....	22
<b><u>3. Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça</u></b> .....	26
<b><u>3.1 Julgamento de Mérito do Caso “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua”</u></b> .....	26
<b><u>3.2 Opinião Consultiva “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”</u></b> .....	31
<b><u>3.3 Opinião Consultiva “Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965”</u></b> .....	36
<b><u>4. Democratização do Processo de Formação do Costume Internacional</u></b> .....	44
<b><u>4.1. Participação Necessária dos Estados: Quantos ou Quais?</u></b> .....	44
<b><u>4.2. Novas Perspectivas sobre o Costume Internacional</u></b> .....	55
<b><u>5. Conclusão</u></b> .....	66

*For I dipt into the future, far as human eye could see,  
Saw the Vision of the world, and all the wonder that would be;*

*Saw the heavens fill with commerce, argosies of magic sails,  
Pilots of the purple twilight dropping down with costly bales;*

*Heard the heavens fill with shouting, and there rain'd a ghastly dew  
From the nations' airy navies grappling in the central blue;*

*Far along the world-wide whisper of the south-wind rushing warm,  
With the standards of the peoples plunging thro' the thunder-storm;*

*Till the war-drum throb'd no longer, and the battle-flags were furl'd  
In the Parliament of man, the Federation of the world.*

*There the common sense of most shall hold a fretful realm in awe,  
And the kindly earth shall slumber, lapt in universal law.*

(Locksley Hall, Lord Alfred Tennyson)



## 1. Introdução

Em 01 de novembro de 2019, o então Presidente da Corte Internacional de Justiça, Abdulqawi Ahmed Yusuf, proferiu discurso para o Sexto Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o tema “A Corte Internacional de Justiça e as fontes não escritas de direito internacional”. Em sua exposição da trajetória histórica da jurisprudência da Corte sobre o costume, o Presidente Yusuf aponta como um importante marco o reconhecimento de que resoluções da Assembleia Geral podem contribuir para a formação do direito costumeiro internacional. Quanto ao tema, ele indica que as resoluções da AGNU podem, em certas circunstâncias, constituir ao mesmo tempo prática estatal e *opinio iuris* suficientes para o surgimento do costume internacional<sup>1</sup>.

O discurso revela uma relevante questão do direito internacional contemporâneo: qual é o papel que as resoluções da AGNU desempenham no processo de formação do costume internacional? Quais são as condições para que uma resolução da AGNU contribua para a emergência do costume? Estes questionamentos mostram-se de extrema atualidade, tendo em vista a crescente tendência de Estados e tribunais internacionais se valerem de resoluções da AGNU para a identificação de normas costumeiras.

O presente trabalho tem por objetivo examinar a relação das resoluções da AGNU com o costume internacional, a partir da análise da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e da produção doutrinária. Enfrentaremos o tema da seguinte forma: (i) primeiramente, analisaremos o processo de formação do costume internacional, traçando algumas considerações sobre o papel nele desempenhado pelas resoluções da AGNU e a relação entre os dois elementos constitutivos do costume, a prática estatal e a *opinio iuris*; (ii) em seguida, abordaremos a jurisprudência relevante da Corte Internacional de Justiça, nomeadamente o julgamento de mérito do caso “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” de 1986 e as Opiniões Consultivas “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” de 1996 e “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*” de 2019, detalhando o método utilizado pela Corte para determinar a existência de normas costumeiras a partir de resoluções da AGNU; (iii) na

---

<sup>1</sup> Statement of H.E. Mr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, President of the International Court of Justice before the Sixth Committee of the General Assembly, “The International Court of Justice and unwritten sources of international law”, Nova Iorque, 1 de Novembro de 2019. Ver parágrafos 20 e 21.

sequência, investigaremos a relação das resoluções da AGNU com o fenômeno da “democratização” do processo de formação do costume internacional, reavaliando a participação necessária e o conceito de estados cujos interesses são especialmente afetados; (iv) por fim, examinaremos as novas perspectivas doutrinárias sobre o costume internacional, que objetivam a superação do paradigma interestatal baseado no consentimento estatal.

## 2. Costume Internacional e as Resoluções da Assembleia Geral

Conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>2</sup>, reconhecido como o enunciado mais completo e autorizado das fontes do Direito Internacional<sup>3</sup>, o costume internacional é “*prova de uma prática geral aceita como sendo o direito*”. Nesse sentido, o costume internacional é tradicionalmente descrito como sendo constituído por dois elementos, o comportamento dos Estados (prática estatal) e a convicção psicológica ou subjetiva de que uma norma jurídica imponha tal comportamento (*opinio iuris*)<sup>4</sup>. É a *opinio iuris* que diferencia o costume internacional do uso, comportamentos reiterados que os Estados adotam por uma série de motivos (como cortesia ou boa vontade), que não a convicção de obrigatoriedade jurídica.

Examinaremos os dois elementos individualmente, antes de analisarmos a relação das resoluções da AGNU com a formação do costume.

### 2.1 Prática Estatal

Nos termos das “*Draft conclusions on identification of customary international law*” da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas – CDINU, a prática estatal consiste na conduta de um Estado, no exercício de suas funções executiva, legislativa ou judicial, e pode se manifestar de diversas formas, por meio de declarações verbais ou por atos físicos, ou até mesmo através da inação. A CDINU lista alguns exemplos de prática estatal: os atos e correspondência diplomáticos; a conduta em relação a resoluções aprovadas por organismo internacional ou por conferência intergovernamental; a conduta em relação a

---

<sup>2</sup> “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”.

<sup>3</sup> SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 70.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 74.

tratados; os atos executivos; os atos legislativos e administrativos; e as decisões de cortes nacionais, dentre outros<sup>5</sup>.

A CIJ, ao tratar do costume internacional, indicou alguns parâmetros para que a prática estatal contribua para a formação do Direito Costumeiro Internacional. No caso “*Asylum*”, a CIJ apontou que as regras consuetudinárias devem estar de acordo com uma prática estatal constante e uniforme<sup>6</sup>. No mesmo sentido posicionou-se a Corte nos casos “*North Sea Continental Shelf*”, sublinhando que a prática estatal deve ser “extensa e virtualmente uniforme” em determinado sentido para que haja a formação da regra consuetudinária<sup>7</sup>.

No entanto, no caso “*Military and Paramilitary Activities*”, a Corte observou que não é necessária uma “conformidade rigorosamente absoluta”, ou seja, não é preciso que a prática estatal seja absolutamente uniforme. Para a Corte, é suficiente que a prática dos Estados, em geral, se conforme à regra que se pretende costumeira, e que casos de conduta estatal contrários à regra devem ter sido em geral tratados como violações da regra, e não como indicações do reconhecimento de uma nova regra<sup>8</sup>.

Quanto ao tema, a CDINU indica, na Conclusão 8 das “*Draft conclusions on Identification of Customary International Law*”, que, para a formação do costume internacional, a prática estatal deve ser consistente, bem como geral, ou seja, suficientemente difundida e representativa na comunidade internacional (“*sufficiently widespread and representative*”)<sup>9</sup>.

Nesse diapasão, cabe citar o conceito de *Estados cujos interesses são especialmente afetados* (“*States whose interests are specially affected*”), formulado pela CIJ, nos casos “*North Sea Continental Shelf*”, cuja participação seria decisiva para a formação do costume<sup>10</sup>. Note-se que a Corte não faz referência ao poder ou influência dos Estados (como

---

<sup>5</sup> CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018. Conclusões 5 e 6.

<sup>6</sup> CIJ, “*Asylum Case*” (Colômbia v. Peru), Julgamento de 20 de novembro de 1950, p. 14 e 15.

<sup>7</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafo 74.

<sup>8</sup> CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafo 186

<sup>9</sup> CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018, Conclusão 8.

<sup>10</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafos 73 e 74.

já foi defendido, por exemplo, por Karol Wolfke<sup>11</sup>), e sim a interesses especialmente afetados.

Mais adiante examinaremos de forma mais detalhada a participação necessária para a formação do costume, sua representatividade, assim como o conceito dos “*Estados cujos interesses são especialmente afetados*”, no capítulo dedicado à democratização do costume internacional.

No que tange à duração, desde que a prática estatal seja consistente e geral, não é necessário que um longo período de tempo tenha transcorrido para a formação do costume internacional, como bem pontuou a CIJ nos casos “*North Sea Continental Shelf*”<sup>12</sup>.

## 2.2 Opinio Iuris

A *opinio iuris sive necessitatis* (neologismo latino aparentemente cunhado por François Géný<sup>13</sup>) é o elemento subjetivo ou psicológico, a convicção de que determinada atividade estatal deve ser juridicamente obrigatória, que converte a prática estatal em costume internacional<sup>14</sup>.

Nesse sentido, no caso *Lotus*, a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da CIJ) rejeitou a alegação da França de que haveria uma regra costumeira garantindo jurisdição criminal exclusiva ao Estado de matrícula do navio em casos de colisões em alto mar, uma vez que, ainda que os Estados da nacionalidade das vítimas

---

<sup>11</sup> WOLFKE, Karol. *Custom in Present International Law*. Breslávia: Travaux de la Societé des Sciences et des Lettres de Wroclaw, 1964. p. 81.

<sup>12</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafo 74.

<sup>13</sup> Ver: GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Tome Premier. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2ª edição, 1919, p. 320: “*En effet, la formation d'un droit coutumier suppose, d'abord, que, par une suite suffisante d'actes répétés, se soit établie une pratique constante, concernant un rapport de la vie sociale. Et voilà l'élément de fait, qui sert à la coutume de substratum nécessaire. — Mais, ce n'est pas encore assez. Il faut, de plus, pour qu'un rapport, consacré par l'usage, soit érigé en rapport de droit positif (i); que la pratique, d'où il résulte, le constitue avec un caractère de nécessité (opinio necessitatis), de façon à l'imposer, au besoin, en vertu d'une règle munie de la sanction publique (2). Et, c'est en ce sens seulement, que cette pratique révélera un sentiment juridique*”.

<sup>14</sup> SHAW, Malcolm N. *International Law*. p. 84.

tenham em geral se abster de instaurar procedimentos criminais, não havia evidências de que essa abstenção se devesse a uma convicção de obrigatoriedade jurídica<sup>15</sup>.

Como destaca Christian Dahlman, discute-se se a *opinio iuris* deve ser entendida como *crença* (o Estado acredita que há uma norma impondo determinado comportamento) ou como *consentimento* (o Estado aprova que haja uma norma impondo determinado comportamento). Como bem aponta o autor, a primeira posição é problemática: considerar que a *opinio iuris* é a crença de que a norma obrigando determinado comportamento já existe e precede a formação do costume implica em que o costume só poderia surgir se os Estados acreditassem que ele já existisse (problema de circularidade). Não seria possível a formação de normas costumeiras a não ser por meio do erro (os Estados erroneamente acreditam que determinada norma costumeira existe quando na verdade ela ainda não integra o Direito Internacional, levando então à formação de nova regra): nesse sentido, a comunidade internacional não poderia voluntariamente criar Direito Costumeiro<sup>16</sup>.

Diante disso, deve-se compreender a *opinio iuris* como consentimento estatal e não como crença, ou seja, o costume pode ser formado se houver uma ampla aceitação de uma norma costumeira (os Estados têm a convicção de que determinado comportamento *deveria ser* juridicamente obrigatório, e não de que ele já *é* obrigatório)<sup>17</sup>.

Como esclarece Michael Akehurst, o que tem relevância para a formação do costume é a convicção de juridicidade manifesta, e não as intenções subjetivas não declaradas dos Estados<sup>18</sup>. Nesse sentido, são expressões de *opinio iuris* as declarações

---

<sup>15</sup> CPJI, “S.S. Lotus Case” (França v. Turquia), Julgamento, 7 de setembro de 1927, p. 28: “*In the Court’s opinion, this conclusion is not warranted. Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, as will presently be seen, there are other circumstances calculated to show that the contrary is true*”.

<sup>16</sup> DAHLMAN, Christian. *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*. Nordic Journal of International Law 81 (2012), pp. 327-339. Ver pp. 330 a 333.

<sup>17</sup> Ibid., Ver pp. 335 a 336.

<sup>18</sup> Ver AKEHURST, Michael. *Custom as a Source of International Law*. British Yearbook of International Law, Volume 47, edição 1, 1975, pp. 1–53, p. 37: “*It is submitted, however, that a statement by a State about the content of customary law should be taken as opinio juris even if the State does not believe in the truth of the statement. It will often be impossible to prove that a State did not believe that its statement was true; however, even if such proof is forthcoming, it does not detract from the value of the statement*”. No mesmo

públicas dos representantes dos Estados; as publicações oficiais e os pareceres jurídicos governamentais; a correspondência diplomática e as decisões de cortes nacionais, bem como as manifestações e atitudes dos Estados em fóruns internacionais<sup>19</sup>.

Quanto ao último exemplo, no julgamento de 1986 do caso “*Military and Paramilitary Activities*” (Nicarágua vs. Estados Unidos da América), a Corte Internacional de Justiça sinalizou que a *opinio iuris* pode ser identificada, com a devida cautela, a partir da atitude dos Estados com relação a certas resoluções da AGNU<sup>20</sup>.

Em sua Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” de 1996, a Corte indicou que as resoluções da AGNU, ainda que não sejam vinculantes (tendo em vista o disposto no Capítulo IV da Carta das Nações Unidas), podem às vezes ter valor normativo, fornecendo, em certas circunstâncias, evidências importantes para se verificar a existência de uma regra ou a emergência de uma *opinio iuris*<sup>21</sup>.

A questão sobre se as resoluções da Assembleia Geral em determinados casos constituem ao mesmo tempo *opinio iuris* e prática estatal suficientes para a formação do costume é controvertida.

Maurice Mendelson sublinha que tratar uma mesma ação como tanto prática quanto *opinio iuris* parece ser uma forma de “dupla contagem” (*double counting*), inconsistente com o entendimento da Corte de que haveria dois elementos independentes constitutivos do costume. Ademais, isso implicaria em conferir à AGNU um poder legislativo que não foi pretendido pelos elaboradores da Carta das Nações Unidas, ao permiti-la criar direito internacional de forma isolada<sup>22</sup>.

Por outro lado, H.C.M. Charlesworth indica que a CIJ teria reconhecido no caso “*Military and Paramilitary Activities*” que as resoluções da AGNU equivaleriam tanto à

---

sentido, veja-se também: AKEHURST, Michael. *Introdução ao Direito Internacional*. Tradução para o português de Fernando Ruivo. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 37.

<sup>19</sup> CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018. Conclusão 10.

<sup>20</sup> CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafo 188.

<sup>21</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinião Consultiva, 8 de julho de 1996, parágrafo 70.

<sup>22</sup> MENDELSON, Maurice. *The International Court of Justice and the sources of international law*. In: LOWE, Vaughan e FITZMAURICE, Malgosia (eds.). *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 63-89. Ver p. 68 e 87.

*opinio iuris* quanto à prática estatal ao concluir pela existência de regras de direito costumeiro baseando-se nelas, sem elencar outros exemplos relevantes de prática estatal: “*The Nicaragua analysis suggests that voting for a resolution in an international forum without more provides both adequate state practice and opinio juris for the formation of customary rules*”<sup>23</sup>.

Quanto ao tema da relação das resoluções da Assembleia Geral com o direito costumeiro internacional, faz-se necessário abordar a obra de Bin Cheng, que formulou o conceito do costume internacional instantâneo.

Em seu artigo seminal “*United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?*”, publicado originalmente na *Indian Journal of International Law* em 1965, Bin Cheng analisa as resoluções da Assembleia Geral 1721A (XVI) e 1962 (XVIII), avaliando se elas constituiriam direito costumeiro. Para tanto, o autor examina o papel desempenhado pelos dois elementos constitutivos do costume.

Para Bin Cheng, a prática estatal teria um papel meramente probatório, evidenciando, por um lado, o conteúdo da regra que se pretende costumeira, e por outro, a *opinio iuris* dos Estados. Nesse sentido, não é necessário que a prática estatal reiterada se prolongue no tempo, e até pode ser dispensada, desde que a *opinio iuris* dos Estados possa ser claramente identificada. Bin Cheng aponta que, em verdade, haveria apenas um elemento constitutivo do costume internacional, a *opinio iuris*. Sendo os Estados seus próprios legisladores, caso haja uma *opinio communis iuris* sobre determinado tema, se formará uma regra de direito internacional costumeiro<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> CHARLESWORTH, H.C.M. *Customary International Law and the Nicaragua Case*. Australian Year Book of International Law (1984–87) 1, p. 18 a 24.

<sup>24</sup> CHENG, Bin. *United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?* In: CHENG, Bin. *Studies in International Space Law*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1997, pp. 125-149, p. 138. Sobre o “costume instantâneo”, ver também: BAXTER, Richard Reeve. *Treaties and Custom*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 129 (1970), publicado em 1971, p. 69 e 70. Veja-se também: ASAMOAH, Obed. *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. Haia: Martinus Nijhoff, 1966, p. 57: “*Our contention, therefore, is that “practice” should be understood in a wider sense to include verbal forms. Furthermore, consensus should be regarded as the basis for the development of general international law. One must concede that law can be developed not only from a series of responses to events but also from consensus embodied in a resolution or some other similar document. In this way opinio juris can be found to exist even though there is no actual, repeated prior action. Consensus should not be understood as meaning consent but a general attitude in favor of a position which may not necessarily be held by all the members of the international community. Lastly, we contend that not*



Nada impede que essa *opinio communis iuris* se forme em um período de tempo extremamente curto, e que os países decidam usar uma resolução da Assembleia Geral para “positivar” essa *opinio iuris*. Assim, quando uma resolução proclama princípios do direito internacional, e é aprovada por unanimidade, ela representa o direito como aceito pelos membros das Nações Unidas. A força vinculante destes princípios não decorre da resolução, mas de sua aceitação pelos Estados Membros como sendo direito internacional<sup>25</sup>.

Para que uma resolução produza esse costume internacional instantâneo, deverá haver a *opinio communis iuris* dos Estados Membros de que a resolução representa regras vinculantes de direito internacional. A resolução deve ser redigida de maneira a identificar claramente o conteúdo das regras em questão, e deve expressar de forma inequívoca essa *opinio communis iuris*. Segundo Bin Cheng, um exemplo de resolução que produziu costume internacional instantâneo seria a Resolução AGNU nº 96(1) de 11 de dezembro de 1946, aprovada por unanimidade, na qual a Assembleia Geral afirma que o genocídio é um crime internacional punível (“*The General Assembly...affirms that genocide is a crime under international law*”)<sup>26</sup>.

Nos parece que assiste razão à Bin Cheng. Com efeito, sendo o fundamento tradicional do direito internacional costumeiro o consentimento estatal<sup>27</sup>, caso seja possível identificar de forma inequívoca a *opinio iuris* da comunidade de Estados (esta entendida como a aceitação de que determinado comportamento deve ser juridicamente obrigatório), parece desnecessário exigir prática estatal adicional para a formação do costume internacional. Caso a comunidade internacional deseje que uma norma costumeira surja, ela surgirá, não fazendo sentido exigir que se espere até que haja prática estatal reiterada no

---

*only should resolutions expressing consensus be of probative value (...), but they should be regarded directly as a source of law”.*

<sup>25</sup> CHENG, Bin. *United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?*, p. 139.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>27</sup> O fundamento tradicional tanto dos tratados quanto do costume, seria o mesmo, o consentimento: No caso dos tratados, um consentimento formal, e no caso do costume informal ou implícito. Ver nesse sentido: OPPENHEIM, Lassa Francis. *International Law - A Treatise, Vol. 1: Peace*. 2ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1912. p. 22. Veja-se também: CPJI, “*S.S. Lotus Case*” (França v. Turquia), Julgamento, 7 de setembro de 1927, p. 18.

sentido da norma<sup>2829</sup>. Como bem aponta Bin Cheng, os Estados podem utilizar como veículo para expressar sua *opinio iuris* uma resolução da Assembleia Geral: a resolução em si não terá efeito vinculante (tendo em vista as disposições da Carta das Nações Unidas), mas a *opinio communis iuris* lá expressa (e que antecede à própria aprovação do documento) formará costume internacional<sup>30</sup>.

A Corte Mundial parece ter confirmado o entendimento aqui exposto no caso “*Military and Paramilitary Activities*”, ao utilizar resoluções da ONU aprovadas por consenso (a Resolução AGNU n° 2.625 (XXV) e a Resolução AGNU n° 3.314 (XXIX)) para determinar a existência da proibição costumeira do uso da força e o princípio costumeiro de legítima defesa, assim como o princípio costumeiro da não intervenção nos assuntos internos, sem fazer referência a outros exemplos concretos de prática estatal<sup>31</sup>, como referimos acima.

A prevalência do elemento subjetivo adquire maior relevância nas situações em que uma *opinio iuris* consolidada se defronta com uma conduta estatal frequentemente inconsistente, como por exemplo no caso da intervenção nos assuntos internos. A CIJ no julgamento “*Military and Paramilitary Activities*” reconheceu a obrigação costumeira de não-intervenção nos assuntos internos de outros Estados a despeito de haver diversos exemplos históricos de intervenção estrangeira, uma vez que a *opinio iuris* da comunidade

---

<sup>28</sup> Esta posição corresponde em certa medida ao que foi definido por Anthea Elizabeth Roberts como a abordagem “moderna” do costume internacional. Ver: ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. The American Journal of International Law, vol. 95, no. 4, 2001, pp. 757–791.

<sup>29</sup> Este costume formado rapidamente pela *opinio iuris* se aproxima conceitualmente do “costume selvagem” formulado por René-Jean Dupuy. Ver: DUPUY, René-Jean. *Coutume Sage et Coutume Sauvage*. In : *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*. Paris: Pedone, 1974, pp. 75-87. Disponível em: <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/MelRousseau1.pdf> (acesso em 01 de maio de 2023): “Certes, il existe des coutumes sages qui se sont lentement dégagées de faits immémoriaux, établis sur une tradition mentale, mais on voit aussi, spécialement de nos jours, des coutumes sauvages dont l’excroissance soudaine puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude”. Para uma análise da teoria do “costume selvagem”, ver: ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 2003, p. 169.

<sup>30</sup> Ressalvamos, no entanto, que a Comissão de Direito Internacional não adotou a tese do “costume instantâneo” em suas *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*. No entanto, como veremos, a CIJ por outro lado parece endossar a criação instantânea de regras costumeiras. Veja-se CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018. Conclusão 12.

<sup>31</sup> CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafos 193, 202, 203, 204 e 205.

internacional repudia tal conduta como antijurídica<sup>32</sup>. Como bem aponta Christian Dahlman, a *opinio iuris* previne que práticas estatais indesejadas se tornem direito costumeiro internacional<sup>33</sup>.

Quanto ao tema, cabe mencionar a análise feita por Frederic L. Kirgis da relação entre os elementos material e subjetivo do costume internacional. Para o autor, a prática estatal e *opinio iuris* não devem ser consideradas de forma fixa e mutuamente excludente, mas como elementos intercambiáveis em uma escala móvel (“*the elements of custom not as fixed and mutually exclusive, but as interchangeable along a sliding scale*”). Nessa escala móvel, uma prática estatal muito frequente e consistente pode estabelecer uma regra costumeira sem a necessidade de muita ou qualquer expressão afirmativa de *opinio iuris*, desde que a prática não seja rechaçada por evidências de uma intenção não normativa (ou seja, uma intenção de que a prática não constitua costume). À medida que a frequência e a consistência da prática estatal decaem, uma prova maior de *opinio iuris* é exigida. No outro lado da escala, uma *opinio iuris* claramente demonstrada estabelece uma regra costumeira sem a necessidade de muita ou qualquer prática estatal adicional<sup>34</sup>.

A “escala móvel” de Kirgis parece até certo ponto se coadunar com o que foi dito até aqui sobre o papel decisivo que uma expressão inequívoca da *opinio iuris* têm na formação do costume, no entanto, suas conclusões quanto à prática estatal parecem em certa medida problemáticas. Admitir que uma prática estatal muito frequente e consistente pode formar costume internacional, sem a expressão de uma *opinio iuris*, desde que inexista prova de que não se deseja que tal prática gere uma norma, pode, em última análise, igualar o uso ao costume, nos casos em que o Estado não afirme expressamente que sua conduta se deve

---

<sup>32</sup> Ibid., parágrafo 202. Ver também: PRICE, Richard. *Emerging Customary Norms and Anti-Personnel Landmines*. In: REUS-SMIT, Christian (ed). *The Politics of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 106-130: “*This conceptualisation of custom that emphasises opinio iuris over behaviour usefully captures the fact that states often agree to a regulative norm more fully in rhetoric than in practice. It is also compatible with an insight from international relations scholars who have argued that a key feature of norms is that they are, to a point, counterfactually valid. That is, norms may be said to exist and persist even in the face of violations. As a result, state practice and belief in the general validity of the norm can diverge in any given situation without necessarily denying the subsequent persistence and influence of the norm (...) since virtually all norms are violated to some degree, what matters most from the perspective of identifying settled social norms is the extent to which there is general acceptance of the central validity claims of the norms*”.

<sup>33</sup> DAHLMAN, Christian. *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*. Nordic Journal of International Law 81 (2012). p. 338.

<sup>34</sup> KIRGIS, Frederic L. *Custom on a Sliding Scale*. American Journal of International Law, volume 81, no. 1, (Jan. de 1987), pp. 146-151. Ver p. 149.

a outros motivos que não uma convicção de juridicidade. Nesse sentido, nos parece que a prática estatal só pode contribuir para a formação do costume se houver alguma expressão de convicção de que ela deve ser juridicamente obrigatória.

Cabe mencionar também a teoria desenvolvida por Michael Scharf dos "momentos grocianos". Estes seriam momentos nos quais (tal como no tempo de Hugo Grócio, em que houve a formação do sistema internacional) ocorrem mudanças fundamentais na vida internacional, o que precipita o rápido desenvolvimento de novas regras costumeiras, sem a necessidade de uma extensa prática estatal prolongada no tempo. Um exemplo de momento grociano seriam os julgamentos de Nuremberg, nos quais se desenvolveram rapidamente princípios costumeiros relativos à responsabilidade criminal internacional com base exclusivamente na Carta do Tribunal Militar Internacional, em suas decisões e na Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 95(I), que afirmou os princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta e nas decisões<sup>35</sup>.

Momentos de grandes mudanças nas relações internacionais certamente podem levar os Estados a formularem e consolidarem rapidamente uma *opinio iuris* sobre determinado tema, no entanto não nos parece necessário um contexto específico para a formação acelerada do costume (que pode se dar a qualquer momento). Como vimos, sendo o consentimento estatal o fundamento para o costume internacional, pode haver a criação de uma nova norma costumeira pela manifestação inequívoca da *opinio iuris* dos Estados em qualquer circunstância.

Outra questão relevante é a da modificação de normas costumeiras. Em uma perspectiva tradicional, pautada na exigência de uma prática estatal consistente, seria necessária a violação reiterada de uma norma consuetudinária existente para sua modificação (acompanhada por uma nova *opinio iuris* correspondente). O Estado que engajasse na nova prática estatal, para a formação da nova regra costumeira, seria potencialmente um violador da regra já existente. No entanto, considerando-se a *opinio iuris* como o único elemento necessário para a formação do costume internacional (como aqui

---

<sup>35</sup> Ver: SCHARF, Michael P. *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 3 a 9, 67 e 68. Michael Sharf, no entanto, não adota a teoria do costume internacional instantâneo formado unicamente pela expressão da *opinio iuris* (aqui defendida), insistindo que deve haver pelo menos algumas instâncias de prática estatal para a formação da norma, ainda que limitadas.

defendemos), a modificação de uma regra costumeira seria possível pela mudança da *opinio iuris* dos Estados, sem a necessidade de uma nova prática estatal disruptiva. Com a alteração da *opinio iuris*, a nova prática então não seria mais considerada como uma potencial violação das normas internacionais<sup>36</sup>.

Diante das considerações feitas acima, podemos traçar algumas conclusões preliminares. (i) O direito costumeiro internacional se forma quando a comunidade internacional expressar a convicção de que determinado comportamento (ação ou inação) deve ser juridicamente obrigatório. (ii) A prática estatal consistente e geral pode servir para evidenciar e corroborar tal convicção, mas não é suficiente por si só para gerar costume internacional, e pode ser dispensada, quando a *opinio iuris* for manifestada de maneira inequívoca, como por meio de resoluções de organismos internacionais com linguagem normativa (que não deixam de ser uma forma de prática estatal<sup>37</sup>)<sup>38</sup>.

Para a formação do costume internacional geral não é necessário, no entanto, que todos os Estados aceitem determinada regra costumeira para que o costume se constitua. Basta que uma parcela ampla e representativa da comunidade internacional, com a

---

<sup>36</sup> LEPARD, Brian D. *Introduction: Why Does Customary International Law Need Reexamining?* In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 1-44. Ver p. 30 e 31.

<sup>37</sup> A chamada "*paper practice*", como já definiu Brian Leppard. Ver: LEPARD, Brian D. *Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law*. In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 233-265.

<sup>38</sup> Estas conclusões parecem estar em linha com a definição de costume internacional proposta por Brian Leppard: "A customary international law norm arises when states generally believe that it is desirable now or in the near future to have an authoritative legal principle or rule prescribing, permitting, or prohibiting certain conduct. This belief constitutes *opinio iuris*, and it is sufficient to create a customary law norm. It is not necessary in every case to satisfy a separate "consistent state practice" requirement. Rather, state practice can serve as one source of evidence that states believe that a particular authoritative legal principle or rule is desirable now or in the near future". Ver: LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010, p. 8. Quanto ao papel central da *opinio iuris*, veja-se também: GUZMAN, Andrew T. *Saving Customary International Law*. Michigan Journal of International Law, vol. 27, 2005, pp. 115-176: "(...)CIL is really about the *opinio iuris* requirement and not the practice requirement. This is so because, as already discussed, what matters for the presence of reputational sanctions is the perspective of other states. If states as a group believe there is a legal obligation, this is enough to generate reputational (and perhaps direct) sanctions. The question of practice is not directly relevant to the issue (...)". Pierre-Marie Dupuy sintetiza muito bem a relação entre *opinio iuris* e prática estatal, indicando que o costume não surgiria da adição de um elemento ao outro, mas sim da revelação da *opinio iuris* pela prática estatal, que exerce um papel meramente probatório, ver: DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 9ª edição, 2008. p. 350: "(La coutume) ne résulte pas de l'adjonction des deux éléments mais de la révélation de l'un par l'autre".

participação dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, a aceite, como veremos no capítulo três.

Além do costume internacional geral, há ainda a possibilidade do desenvolvimento de regras costumeiras de âmbito de aplicação regional ou até mesmo bilateral<sup>39</sup>, como reconhecido pela CIJ no caso “*Right of Passage over Indian Territory*”, no qual a Corte indicou a possibilidade da formação de um costume local entre Portugal e Índia relativo ao direito de passagem entre os enclaves portugueses<sup>40</sup>. Anthony D’Amato adverte que, no caso do costume particular (regional ou bilateral), ao contrário do costume internacional geral, é necessária a verificação da aceitação da norma costumeira por todos os Estados envolvidos para a aplicação da regra, tratando-se de regime jurídico especial<sup>41</sup>.

Nessa linha de raciocínio parece ir a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso “*Asylum*”, no qual a Colômbia alegou a existência de uma regra costumeira regional latino-americana no sentido de que o Estado que concede asilo diplomático seria competente para qualificar, de forma unilateral e definitiva, a natureza do crime cometido como “político” para fins de concessão de asilo. A Corte afastou o argumento da Colômbia, indicando não haver evidências conclusivas da existência da regra costumeira, e destacou que, ainda que houvesse tal costume regional latino-americano, este não poderia ser invocado contra o Peru, que o repudiou, não assinando as Convenções de Montevideo de 1933 e 1939, as primeiras a disporem sobre a qualificação de crimes em matéria de asilo diplomático<sup>42</sup>.

### 2.3 Objeto Persistente

Não obstante a possibilidade de surgimento de costume internacional geral sem a participação ou aquiescência de todos os Estados, nada impede que um Estado se exima de

---

<sup>39</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29 e 30.

<sup>40</sup> CIJ, “*Right of Passage over Indian Territory*” (Portugal v. Índia), Julgamento de Mérito, 12 de abril de 1960, p. 37.

<sup>41</sup> D’AMATO, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. *American Journal of International Law* 63 (1969), pp. 211-223.

<sup>42</sup> CIJ, “*Colombian-Peruvian Asylum case*” (Colômbia v. Peru), Julgamento de Mérito de 20 de novembro de 1950, p. 14, 15 e 16.

se submeter a uma norma consuetudinária objetando de forma persistente a ela durante o seu processo de formação<sup>43</sup>.

A CIJ utilizou a regra do objetor persistente no caso “*Anglo-Norwegian Fisheries*”, entendendo que, ainda que o método proposto pelo Reino Unido para a caracterização de uma baía como águas internas constituísse costume internacional geral (o que não foi provado), a regra não seria aplicável à Noruega, uma vez que o país tinha se oposto de forma persistente (“*In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast*”)<sup>44</sup>.

Como esclarece Prosper Weil, a regra do objetor persistente visa a conciliar os interesses gerais da comunidade internacional com o princípio da soberania dos Estados, os poderes da maioria e os direitos da minoria, permitindo a formação de regras costumeiras gerais sem a necessidade de uma unanimidade, ao mesmo tempo que oferece aos Estados dissidentes uma forma de se isentarem de se submeterem a sua aplicação<sup>45</sup>.

Lynn Loschin esclarece os critérios para a aplicação da regra do objetor persistente: para que o Estado adquira o status de objetor persistente, ele deve objetar contra a norma em seu processo de formação e deve continuar a objetar posteriormente. A objeção deve ser clara, e o Estado objetor deve rebater qualquer presunção de aceitação. Silêncio ou falha em objetar implicam em consentimento. Além disso, a objeção deve ser absolutamente consistente: um Estado não pode objetar por um tempo, aplicar a regra por um período, e se manter como objetor persistente<sup>46</sup>.

Quanto a esse ponto, relevante a questão dos novos Estados: estariam eles vinculados pelas regras costumeiras internacionais, sendo que não tiveram a oportunidade

---

<sup>43</sup> CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. p. 28.

<sup>44</sup> CIJ, “*Fisheries case*” (Reino Unido e Noruega), Julgamento de 18 de dezembro de 1951, p. 19.

<sup>45</sup> WEIL, Prosper. *Le Droit International En Quête de Son Identité*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 237 (1992), publicado em 1996, p. 193 e 194.

<sup>46</sup> LOSCHIN, Lynn. *The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*. 2 U.C. Davis Journal of International Law and Policy 148 (1996). Disponível em: <http://loschin.com/jilp.html> (acesso em 01 de maio de 2023).

de objetarem contra elas, pelo simples fato de ainda não existirem quando estas estavam se formando?

Grigory Ivanovich Tunkin defende que os Estados recém-criados têm o direito de não reconhecer normas de direito costumeiro. No entanto, se o novo Estado entrar em relações oficiais com outros países sem reservas, isto significa que ele aceita o complexo de normas de direito internacional como sendo os princípios básicos das relações entre Estados<sup>47</sup>.

Por fim, cabe fazer a ressalva de que a regra do objetor persistente não se aplica às normas de *ius cogens*, como frisa a CDINU nas “*Draft conclusions on identification of customary international law*”<sup>48</sup> e nas “*Draft conclusions on peremptory norms of general international law (ius cogens)*”<sup>49</sup>. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos esclareceu, no caso “*Michael Domingues contra Estados Unidos da América*”, que as normas de *ius cogens* “*derivam da sua condição de valores fundamentais defendidos pela comunidade internacional, na medida em que a violação dessas normas prioritárias choca a consciência da humanidade e, portanto, obrigam a comunidade internacional como um todo, independentemente de protesto, reconhecimento ou aquiescência*”<sup>50</sup>.

São consideradas como normas de *ius cogens* ou imperativas as regras de direito internacional geral aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como normas peremptórias das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por normas ulteriores de direito internacional geral da mesma natureza, como esclarece o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>51</sup>. A CDINU indica, em suas “*Draft conclusions on peremptory norms of general international law (ius cogens)*”, não ser necessário que todos os Estados aceitem e reconheçam a norma como de *ius cogens*,

---

<sup>47</sup> TUNKIN, Grigory Ivanovich. *Theory of International Law*. Tradução para o inglês de William E. Butler. Cambridge: Harvard University Press, reedição de 2013, p. 129.

<sup>48</sup> CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018. Conclusão 15.

<sup>49</sup> CDINU. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (ius cogens)*, 71a sessão, A/CN.4/L.936, 2019. Conclusão 14.

<sup>50</sup> CIDH, “*Michael Domingues contra Estados Unidos da América*”, Caso nº 12.285, Relatório nº 62/02 de 22 de outubro de 2002, parágrafo 49.

<sup>51</sup> “*Article 53: A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*”.



bastando uma grande maioria dos Estados ("*Acceptance and recognition by a very large majority of States*"). Alguns exemplos de normas de *ius cogens*, seriam, conforme a CDINU, as proibições da agressão, do genocídio, dos crimes contra a humanidade, da discriminação racial e do *apartheid*, da escravidão e da tortura, bem como as regras básicas do direito internacional humanitário e o direito à autodeterminação<sup>52</sup>.

Feitas estas considerações gerais quanto ao costume internacional e o papel desempenhado em seu processo de formação pelas resoluções da AGNU, passaremos a analisar a jurisprudência da Corte Mundial sobre o tema, examinando em que medida suas decisões corroboram (ou não) o que foi dito até aqui, bem como os critérios utilizados pela Corte para a identificação das normas costumeiras.

---

<sup>52</sup> CDINU. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (ius cogens)*, 71a sessão, A/CN.4/L.936, 2019, conclusões 6, 7 e 23.

### 3. Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

#### 3.1 Julgamento de Mérito do Caso “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua”

Em 9 de abril de 1984, a Nicarágua entrou com uma ação contra os Estados Unidos da América perante a CIJ, relativa às atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua. Em julgamento de 26 de novembro de 1984, a Corte decidiu que tinha jurisdição para julgar a ação, com base no artigo 36, parágrafos 2º e 5º do seu Estatuto<sup>53</sup> e no artigo XXIV do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação de 1956 firmado pelos dois Estados<sup>54</sup>. Após a decisão sobre a jurisdição, os Estados Unidos decidiram não participar mais dos procedimentos, o que levou a Nicarágua a invocar o artigo 53 do Estatuto<sup>55</sup>, solicitando que a Corte julgasse o mérito da causa apesar da ausência de uma das partes<sup>56</sup>.

Em apertada síntese, a Nicarágua acusou os Estados Unidos da América de violarem as proibições convencionais e costumeiras do uso da força, da intervenção nos assuntos internos de outros Estados e da violação da soberania ao: apoiarem as operações militares e paramilitares das forças *contras* em sua luta contra o governo nicaraguense; violarem o espaço aéreo nicaraguense; colocarem minas nas águas internas e territoriais da Nicarágua; realizarem ataques em território nicaraguense contra portos e outras instalações;

---

<sup>53</sup> "Artigo 36. (...) 2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acôrdo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Côrte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela rutura de um compromisso internacional.

(...)

5. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acôrdo com o artigo 36 do Estatuto da Côrte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Côrte Internacional de Justiça pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos".

<sup>54</sup> "Article XXIV: (...)2. Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty which is not satisfactorily settled through diplomatic channels shall be submitted to the International Court of Justice unless the Parties agree to settle it by some other peaceful means".

<sup>55</sup> "Artigo 53. 1. Se uma das partes deixar de comparecer perante a Côrte ou de apresentar a sua defesa, a outra parte poderá solicitar à Côrte que decida a favor de sua pretensão.

2. A Côrte, antes de decidir nesse sentido, deve certificar-se não só de que o assunto é de sua competência, de conformidade com os arts. 36 e 37, mas também de que a pretensão é bem fundada, de fato e de direito".

<sup>56</sup> CIJ, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafos 1, 9, 10 e 11.

e ao adotarem medidas econômicas prejudiciais, como a decretação de um embargo comercial. Os Estados Unidos, por sua vez, alegaram na fase de admissibilidade que adotaram medidas contra a Nicarágua com fundamento no direito de legítima defesa coletiva, tendo em vista a conduta da Nicarágua com relação a seus países vizinhos (El Salvador, Honduras e Costa Rica)<sup>57</sup>.

Como a declaração de reconhecimento da jurisdição compulsória da CIJ pelos Estados Unidos continha uma reserva de tratados multilaterais dispondo que a Corte só teria competência para julgar causas com base em tratados multilaterais que envolvessem os EUA se todos os países signatários afetados pela decisão fossem partes no processo, e considerando que nem todos os Estados possivelmente afetados o integravam, a CIJ foi forçada a confinar sua análise ao direito costumeiro internacional e ao tratado bilateral firmado entre os dois países<sup>58</sup>.

Com relação às normas aplicáveis ao caso, a CIJ esclareceu preliminarmente em seu julgamento de mérito que, ainda que uma regra costumeira tenha o mesmo conteúdo de uma regra convencional contida em um tratado multilateral, a reserva feita pelos EUA não a afastaria da apreciação da Corte, uma vez que as normas costumeiras e convencionais existem separadamente, sendo aplicadas de forma independente<sup>59</sup>.

Na sequência, a CIJ passa a estabelecer as normas costumeiras relevantes para a disputa.

Quanto à proibição costumeira do uso da força, a Corte sinaliza que ambas as partes concordam que os princípios quanto ao uso da força contidos na Carta das Nações Unidas correspondem, essencialmente, aos princípios costumeiros existentes sobre o tema. A CIJ indica, no entanto, que deve verificar se há uma *opinio iuris* quanto ao caráter vinculante da abstenção do uso da força (“*The Court has however to be satisfied that there exists in customary international law an opinio juris as to the binding character of such abstention*”). A Corte esclarece que tal *opinio iuris* pode ser identificada, com a devida cautela, a partir da atitude dos Estados com relação a resoluções da AGNU, em especial a Resolução AGNU nº

---

<sup>57</sup> Ibid., parágrafos 15, 18 a 25.

<sup>58</sup> Ibid., parágrafos 42 a 56.

<sup>59</sup> Ibid., parágrafos 175 a 178.

2.625 (XXV) intitulada "*Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*" (a única citada nominalmente). A aceitação do texto desta resolução não constitui, segundo a Corte, mera reiteração ou elucidação do conteúdo da Carta das Nações Unidas, mas a aceitação da validade das regras nela declaradas<sup>60</sup>.

A Corte ainda faz referência, ao determinar a *opinio iuris* quanto à proibição do uso da força, à resolução da Sexta Conferência Internacional de Estados Americanos condenando a agressão de 18 de fevereiro de 1928, à Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres dos Estados de 26 de dezembro de 1933 e à Ata Final da Conferência de Helsinki de 1 de agosto de 1975<sup>61</sup>.

Estabelecida a proibição costumeira, a Corte passa a diferenciar as formas mais graves do uso da força, que constituem um “ataque armado” no sentido do artigo 51 da Carta das Nações Unidas<sup>62</sup>, das formas menos graves, se valendo novamente da Resolução AGNU nº 2.625 (XXV)<sup>63</sup>.

Para determinar a existência do direito costumeiro de legítima defesa individual ou coletiva em caso de ataque armado, a Corte refere-se ao texto do artigo 51 da Carta, que menciona o “direito inerente” (“*droit naturel*” na versão em francês) à legítima defesa, o que indicaria o reconhecimento de uma norma costumeira. Além disso, certas declarações da Assembleia Geral indicariam o reconhecimento do direito costumeiro de legítima defesa (novamente, a Corte faz referência apenas à Resolução AGNU nº 2.625 (XXV)). Quanto à definição de “ataque armado”, a Corte refere-se à Resolução AGNU nº 3.314 (XXIX)<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Ibid., parágrafo 188.

<sup>61</sup> Ibid., parágrafo 189.

<sup>62</sup> "**Artigo 51.** Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais".

<sup>63</sup> CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafo 191.

<sup>64</sup> Ibid., parágrafos 193, 194 e 195.

Prosseguindo, quanto ao princípio da não intervenção nos assuntos internos dos outros Estados, a Corte, apesar de admitir que violações deste princípio são frequentes, indica que constitui parte do direito costumeiro internacional. Ela sublinha que expressões de *opinio iuris* nesse sentido não são difíceis de se encontrar, e que tal convicção jurídica é apoiada por uma prática estatal substancial. Ademais, a proibição da intervenção tem sido apresentada como corolário da igualdade soberana entre os Estados. Novamente, a Corte faz referência à Resolução AGNU nº 2.625 (XXV). Também é referida a Resolução AGNU nº 2131 (XX) (“*Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty*”), no entanto, a Corte ressalva que os Estados Unidos declararam, ao apoiarem a resolução, que esta tinha caráter meramente político e não jurídico (“*only a statement of political intention and not a formulation of law*”). Contudo, os elementos essenciais da Resolução AGNU nº 2131 (XX) são repetidos na Resolução AGNU nº 2.625 (XXV), sendo que os EUA não fizeram qualquer reserva nesse sentido quando da sua aprovação. Em âmbito americano, são citadas ainda as resoluções AG/RES.78 e AG/RES. 128 da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos<sup>65</sup>.

Estabelecidas as normas aplicáveis ao caso, a CIJ decidiu rejeitar a alegação apresentada pelos EUA de que teriam agido em legítima defesa coletiva contra a Nicarágua, uma vez que não houve um ataque armado da Nicarágua contra outro Estado que justificasse o uso da força. Assim, a Corte considerou que os EUA tinham descumprido as proibições costumeiras do uso da força, da intervenção nos assuntos internos de outros Estados, da violação da soberania e da interrupção do comércio marítimo pacífico, bem como infringido as obrigações contidas no Tratado de Amizade, Comércio e Navegação de 1956<sup>66</sup>.

Como se vê, a Corte Mundial recorreu, no exame da disputa entre Nicarágua e Estados Unidos, às normas costumeiras internacionais, tendo em vista a impossibilidade da utilização de tratados multilaterais em função da reserva estadunidense à declaração de reconhecimento da jurisdição compulsória da Corte. Para identificar as normas costumeiras, a Corte utiliza prioritariamente resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (em especial a resolução AGNU nº 2.625 (XXV)), mas também resoluções da OEA e acordos e

---

<sup>65</sup> Ibid., parágrafos 202 a 204.

<sup>66</sup> Ibid., parágrafo 292.

declarações internacionais como a Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres dos Estados e a Ata Final de Helsinkí<sup>67</sup>, sem referir-se a outras formas de atividade estatal<sup>68</sup>. Algumas regras costumeiras são determinadas com referência exclusiva à Resolução AGNU nº 2.625 (XXV), o que indica que a Corte considera que esta resolução formou costume internacional por si só.

H.C.M. Charlesworth argumenta que a Corte, ao insistir em utilizar a linguagem tradicional da prática estatal e da *opinio iuris*, ao mesmo tempo que identifica normas costumeiras utilizando uma única resolução da AGNU, reconhece que ambos os elementos podem estar contidos em uma única ação, que seria suficiente por si só para a formação do costume. A decisão da CIJ seria menos exigente na identificação do “costume instantâneo” do que o inicialmente proposto por Bin Cheng, uma vez que a Resolução AGNU nº 2.625 (XXV) foi aprovada por consenso, e não por unanimidade<sup>69</sup>.

Por outro lado, Javier Roldán Barbero defende que a Corte, ao reconhecer normas costumeiras com base em resoluções da AGNU a despeito da existência de uma prática estatal recorrente contrária ao conteúdo de tais regras (descompasso entre o declarado e o praticado), sinaliza a dissociação do elemento subjetivo do elemento material do costume e a prevalência do primeiro sobre o segundo. É à luz da *opinio iuris* que deve ser apreciada a prática estatal correspondente, ou seja, é a *opinio iuris* que determina quais comportamentos contam ou não para a formação do costume<sup>70</sup>.

Quanto à circunstância de que as resoluções da AGNU utilizadas pela Corte para identificar a *opinio iuris* (Resoluções AGNU nº 2.625 (XXV) e 3.314 (XXIX)) foram aprovadas por consenso e não por unanimidade, Javier Róldan Barbero lista alguns fatores

---

<sup>67</sup> A invocação de resoluções e instrumentos de âmbito regional americano bem como da Ata Final de Helsinkí parece uma tentativa de sublinhar a aceitação por parte do Estado réu das normas costumeiras, afastando uma possível objeção persistente ao seu surgimento.

<sup>68</sup> FITZMAURICE, Malgosia. *Customary Law, General Principles, Unilateral Acts*. In: SOBENES OBREGON, Edgardo e SAMSON, Benjamin (eds.). *Nicaragua Before the International Court of Justice*. Cham: Springer Publishing, 2017, pp. 247–267.

<sup>69</sup> CHARLESWORTH, H.C.M. *Customary International Law and the Nicaragua Case*. Australian Year Book of International Law (1984–87) 1, p. 24. Sobre o reconhecimento pela Corte do papel desempenhado pelas resoluções tanto como prática estatal quanto como *opinio iuris*, veja-se também: DONAGHUE, Stephen. *Normative Habits, Genuine Beliefs and Evolving Law: Nicaragua and the Theory of Customary International Law*. Australian Yearbook of International Law, Volume 16, 1995, p. 327-344.

<sup>70</sup> ROLDÁN BARBERO, Javier. *El Valor Jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86*. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 42, no. 1, 1990, pp. 81–99.

que indicam uma “íntima vinculação” dos Estados com o seu conteúdo, ou seja, uma aceitação de seu caráter jurídico: (i) longo tempo de debates; (ii) o consenso precário, a imprecisão deliberada do texto, que corrobora mais do que descarta a pretensão de compromisso jurídico; (iii) a linguagem imperativa; e (iv) frequente invocação de seu conteúdo em outros textos internacionais<sup>71</sup>.

Quanto ao ponto, cabe destacar que no julgamento de 1986 a Corte não descreveu de forma pormenorizada os critérios por ela utilizados para verificar se uma dada resolução da AGNU contribui para a formação do costume internacional, o que ocorrerá em certa medida na Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” de 1996, como veremos a seguir.

### **3.2 Opinião Consultiva “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”**

A AGNU aprovou em 15 de dezembro de 1994 a resolução nº 49/75 K, solicitando, com base no artigo 96 da Carta das Nações Unidas<sup>72</sup>, que a CIJ emitisse uma opinião consultiva quanto à legalidade da ameaça de uso e do uso de armas nucleares sob o Direito Internacional (“*Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?*”). Tal pedido foi formulado após a AGNU ter aprovado uma série de resoluções declarando que o uso de armas nucleares é uma violação da Carta das Nações Unidas e constitui um crime contra a humanidade<sup>73</sup>.

A CIJ entendeu que deveria emitir uma Opinião Consultiva quanto ao tema, uma vez que a Corte deve, em regra, se pronunciar caso instada pela AGNU, desde que não haja motivos relevantes para não o fazer, o que não foi possível verificar no presente caso<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibid., ver p. 95.

<sup>72</sup> “Artigo 96. 1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica (...)”.

<sup>73</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinião Consultiva, 8 de julho de 1996, parágrafo 1. A resolução nº 49/75 K da AGNU faz referência, em seu preâmbulo, às resoluções nº 1653 (XVI) de 24 de novembro de 1961, 33/71 B de 14 de dezembro de 1978, 34/83 G de 11 de dezembro de 1979, 35/152 D de 12 de dezembro de 1980, 36/92 I de 9 de dezembro de 1981, 45/59 B de 4 de dezembro de 1990 e 46/37 D de 6 de dezembro de 1991.

<sup>74</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinião Consultiva, parágrafo 18.

Quanto ao mérito, a Corte concluiu que não há uma proibição universal e abrangente da ameaça ou do uso de armas nucleares no Direito Internacional Convencional e Consuetudinário, não sendo possível concluir definitivamente se o uso de armas nucleares seria legal ou ilegal em uma situação extrema de legítima defesa, em que a própria sobrevivência do Estado estivesse em risco. A Corte indica que não é possível descartar uma hipótese extrema de legítima defesa coberta pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas em que o uso de armas nucleares pudesse se conformar com os princípios do Direito Humanitário Internacional<sup>75</sup>.

Por outro lado, a CIJ reconheceu que a obrigação de negociar de boa-fé medidas efetivas para o desarmamento nuclear contida no artigo VI do Tratado de Não Proliferação Nuclear é uma obrigação de resultado e não de meio, e que, portanto, os Estados nuclearmente armados têm uma obrigação de eliminar os seus arsenais nucleares<sup>76</sup>.

Ao analisar a existência ou não de uma proibição costumeira da ameaça ou uso de armas nucleares, a Corte indica preliminarmente que, apesar de armas nucleares não terem sido utilizadas em conflitos armados desde 1945, a comunidade internacional está profundamente dividida quanto a se tal abstenção constitui a expressão de uma *opinio iuris*, especialmente considerando-se a doutrina da dissuasão nuclear adotada por certos países<sup>77</sup>.

A Corte então passa a examinar se a série de resoluções da AGNU iniciada pela Resolução AGNU nº 1653 (XVI) afirmando a ilegalidade das armas nucleares levou à criação de uma norma costumeira<sup>78</sup>.

O tribunal esclarece que, ainda que as resoluções da AGNU não sejam vinculantes, elas podem às vezes ter valor normativo, podendo, em certas circunstâncias, fornecer evidências importantes para se verificar a existência de uma regra ou a emergência de uma *opinio iuris*. A Opinião Consultiva lista os critérios para que uma dada resolução contribua para a formação do costume internacional: “*it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its*

---

<sup>75</sup> Ibid., parágrafos 95, 96 e 105.

<sup>76</sup> Ibid., parágrafos 99 a 103.

<sup>77</sup> Ibid., parágrafos 65, 66 e 67.

<sup>78</sup> Ibid., parágrafo 68.



*normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the opinio juris required for the establishment of a new rule*"<sup>79</sup>.

Conforme Marko Diva Öberg, seria possível identificar quatro parâmetros nesse precedente: i) conteúdo da resolução; ii) condições da aprovação da resolução; iii) realidade da *opinio iuris*; iv) repetição das resoluções<sup>80</sup>.

O critério do conteúdo da resolução indica que, para contribuir para a formação do direito costumeiro internacional, o documento deve ter conteúdo normativo, estando redigido em termos legalmente vinculantes<sup>81</sup>. Como aponta Yoram Dinstein, não é necessário que o objetivo normativo da resolução esteja expresso em seu título, como a resolução AGNU nº 2.625 (XXV), intitulada "Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados", sendo essencial, por outro lado, que a linguagem utilizada nas cláusulas operativas seja consistente com uma exposição de direitos e obrigações jurídicos. Conforme o autor, seriam indicadores de um conteúdo normativo, por exemplo, a escolha pela utilização do verbo em inglês "*shall*" ao invés de "*should*", bem como o fato da disposição ser direcionada a todos os Estados, sem distinção<sup>82</sup>.

O critério das condições de aprovação refere-se ao número de votos afirmativos, contrários e abstenções na votação de determinada resolução, assim como a representatividade da maioria de Estados que a aprovaram<sup>83</sup>.

O critério da realidade da *opinio iuris* diz respeito a circunstância de que os Estados que aprovaram a resolução devem ter, ao votarem favoravelmente, a convicção de que o conteúdo da resolução tem valor jurídico normativo<sup>84</sup>. Segundo Michael Akehurst, tal convicção é presumida pela utilização de linguagem vinculante na redação da resolução, mas

---

<sup>79</sup> Ibid., parágrafo 70.

<sup>80</sup> ÖBERG, Marko Diva. *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*. *European Journal of International Law*, Volume 16, edição 5, novembro de 2005, pp. 879–906.

<sup>81</sup> Ibid., ver p. 901.

<sup>82</sup> DINSTEIN, Yoram. *The Interaction between Customary International Law and Treaties*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume 322 (2006), publicado em 2007, p. 306.

<sup>83</sup> ÖBERG, Marko Diva. *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*. *European Journal of International Law*, Volume 16, edição 5, novembro de 2005, pp. 879–906, ver p. 900.

<sup>84</sup> Ibid., ver p. 901 e 902.

esta presunção pode ser afastada caso os Estados Membros expressamente indiquem, quando da sua aprovação, que a resolução não pretende produzir efeitos jurídicos<sup>85</sup>. Tal entendimento parece estar em consonância com o julgamento de mérito do caso “*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”.

Como vimos anteriormente, a Corte, ao analisar o princípio costumeiro da não intervenção, fez referência à Resolução AGNU nº 2.131 (XX), mencionando, no entanto, a manifestação dos EUA de que a resolução não teria efeitos jurídicos quando da sua aprovação. Na sequência, a Corte cita a Resolução AGNU nº 2.625 (XXV), que repete os princípios expressos na outra resolução, e na qual não foi feita tal reserva pelos EUA, para demonstrar a aceitação dos EUA do caráter costumeiro de tal princípio de não intervenção<sup>86</sup>. Assim, nos parece que a Corte indica que a convicção dos Estados de que a resolução possui caráter normativo é presumida pela utilização de linguagem jurídica vinculante, mas que pode ser afastada por uma manifestação expressa de que a resolução não produzirá efeitos jurídicos. Obviamente, a reserva feita por um único país quanto ao valor normativo não seria capaz de obstar que a resolução produzisse costume (o objetor persistente não tem “poder de veto”), mas as reservas por um grupo significativo sim.

Nesse sentido, é crucial verificar-se a realidade da *opinio iuris*, atestando o objetivo jurídico da resolução pelos critérios referidos, como forma de prevenir que uma manifestação meramente política ou retórica seja considerada como contribuindo para a formação do costume, desnaturando a *opinio iuris*, como adverte Prosper Weil<sup>87</sup>. É possível, por exemplo, que certas disposições de uma resolução possuam valor jurídico e outras não, dependendo da verificação dessa *opinio iuris* subjacente<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> AKEHURST, Michael. *Custom as a Source of International Law*. British Yearbook of International Law, Volume 47, edição 1, 1975, pp. 1–53. Ver p. 7: “A State voting in favour of such a resolution must be regarded as accepting that the resolution is declaratory of customary law, in the absence of a statement to the contrary”.

<sup>86</sup> CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986, parágrafos 202 e 203.

<sup>87</sup> WEIL, Prosper. *Le Droit International En Quête de Son Identité*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 237 (1992), publicado em 1996, p. 176: “C'est trahir l'intention des Etats que de traiter comme une expression d'une conviction juridique ce que ceux-ci n'ont manifestement pas considéré comme telle”.

<sup>88</sup> SUMMERS, James. *Chagos, Custom and the Interpretation of UN General Assembly Resolutions*. In: BURRI, Thomas e TRINIDAD, Jaime (eds.). *The International Court of Justice and Decolonization: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 9–40. Ver p. 17 e 18.

O critério da repetição aponta que séries de resoluções da Assembleia Geral podem indicar uma evolução em determinada *opinio iuris*, revelando uma possível mudança na convicção dos Estados quanto à juridicidade de determinado comportamento. A repetição, no entanto, não seria um requisito para a expressão de *opinio iuris*, que pode se dar por meio de uma única resolução<sup>89</sup>.

Quanto à série de resoluções da AGNU sobre a ilegalidade das armas nucleares, a Corte aponta que estas indicam que o uso de armas nucleares seria uma violação direta da Carta das Nações Unidas, e que tal uso deveria ser proibido. No entanto, várias das resoluções foram aprovadas com um número substancial de votos negativos e abstenções, não sendo possível estabelecer a existência de uma *opinio iuris* quanto à ilegalidade do uso das armas nucleares<sup>90</sup>. Assim, a Corte considerou que o costume não teria se formado tendo em vista as condições de aprovação das resoluções.

Quanto às votações das referidas resoluções da Assembleia Geral a favor da proibição das armas nucleares, vejam-se os votos afirmativos, negativos e abstenções: (i) a Resolução nº 1653 (XVI) de 24 de novembro de 1961 foi aprovada com 55 votos favoráveis, 20 votos contrários e 26 abstenções; (ii) a Resolução nº 33/71 B de 14 de dezembro de 1978 foi aprovada com 103 votos favoráveis, 18 votos contrários e 18 abstenções; (iii) a Resolução nº 34/83 G de 11 de dezembro de 1979 foi aprovada com 112 votos favoráveis, 16 votos contrários e 14 abstenções; (iv) a Resolução nº 35/152 D de 12 de dezembro de 1980 foi aprovada com 112 votos favoráveis, 19 votos contrários e 14 abstenções; (v) a Resolução nº 36/92 I de 9 de dezembro de 1981 foi aprovada com 121 votos favoráveis, 19 votos contrários e 6 abstenções; (vi) a Resolução nº 45/59 B de 4 de dezembro de 1990 foi aprovada com 125 votos favoráveis, 17 votos contrários e 10 abstenções; (vii) a Resolução

---

<sup>89</sup> ÖBERG, Marko Diva. *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*. *European Journal of International Law*, Volume 16, edição 5, novembro de 2005, ver p. 903. Para um exemplo de leitura sistêmica e não individualizada das resoluções da Assembleia Geral, veja-se: DEPLANO, Rossana. *The riddle of custom: General Assembly resolutions*. In: DROUBI, Sufyan; e D'ASPREMONT, Jean (eds). *International organisations, non-State actors, and the formation of customary international law*. Manchester: Manchester University Press, 2020, pp. 460-496.

<sup>90</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinião Consultiva, 8 de julho de 1996, parágrafo 71.

nº 46/37 D de 6 de dezembro de 1991 foi aprovada com 122 votos favoráveis, 16 votos contrários e 22 abstenções<sup>91</sup>.

Os critérios estabelecidos na Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” para determinar se uma resolução da AGNU contribui para o surgimento de costume internacional foram aplicados pela Corte em decisão relativamente recente, na Opinião Consultiva “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*” de 2019, que analisaremos a seguir.

### **3.3 Opinião Consultiva “Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965”**

Em 22 de junho de 2017, a AGNU aprovou a resolução nº 71/292, por meio da qual solicitou, com base no artigo 96 da Carta das Nações Unidas, que a CIJ emitisse uma opinião consultiva quanto às consequências jurídicas da separação do Arquipélago de Chagos de Maurício antes de seu processo de independência. A Assembleia formulou os seguintes questionamentos:

(a) “O processo de descolonização de Maurício foi legalmente concluído quando Maurício se tornou independente em 1968, após a separação do Arquipélago de Chagos de Maurício, considerando-se o direito internacional, incluindo obrigações refletidas nas resoluções da Assembleia Geral nº 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960, 2066 (XX) de 16 de dezembro de 1965, 2232 (XXI) de 20 de dezembro de 1966 e 2357 (XXII) de 19 de dezembro de 1967?”

(b) “Quais são as consequências de acordo com o direito internacional, incluindo obrigações refletidas nas resoluções acima referidas, que decorrem da contínua administração pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte do Arquipélago de Chagos, incluindo a circunstância da impossibilidade de Maurício de implementar um

---

<sup>91</sup> Para os registros das votações, consultar a biblioteca digital das Nações Unidas, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/?ln=en> (acesso em 01 de maio de 2023).

programa para o reassentamento no Arquipélago de Chagos de seus nacionais, em especial os de origem chagossiana?”<sup>92</sup>

Maurício foi uma colônia britânica de 1814 até sua independência em 1968, sendo composto por um grupo de ilhas. Em 1965, quando o país ainda se encontrava sob domínio colonial, o Reino Unido separou uma parte do território de Maurício, o Arquipélago de Chagos, e formou uma nova entidade colonial, o Território Britânico do Oceano Índico. A separação teria sido acordada entre a autoridade colonial e representantes de Maurício no acordo “Lancaster House” de 23 de setembro de 1965. Na sequência, o Reino Unido firmou um acordo com os Estados Unidos da América para a utilização do Arquipélago de Chagos para fins militares, sendo a população local removida das ilhas<sup>93</sup>.

Em sua Opinião Consultiva, após analisar o contexto histórico da separação do Arquipélago de Chagos, a Corte passa a examinar o direito aplicável à questão. O direito à autodeterminação dos povos, além de inscrito na Carta das Nações Unidas, se cristalizou, na visão da Corte, em direito costumeiro internacional. A aprovação da resolução nº 1514 (XV) da AGNU, em 14 de dezembro de 1960, representa um momento decisivo na consolidação da prática estatal de descolonização (*“The adoption of resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 represents a defining moment in the consolidation of State practice on decolonization”*). Segundo a Corte, apesar de ser formalmente uma recomendação, a resolução nº 1514 (XV) da AGNU tem um efeito declaratório com relação ao direito à autodeterminação dos povos como norma costumeira, tendo em vista seu conteúdo e as condições de sua aprovação. Quanto às condições de aprovação, a resolução foi aprovada por oitenta e nove votos afirmativos, com nove abstenções, e nenhum dos Estados que participaram da votação contestou a existência do direito à autodeterminação. Além disso, seu conteúdo teria caráter normativo, afirmando que *“Todos os povos têm o direito à autodeterminação”*<sup>94</sup>.

Para prevenir o desmembramento de territórios ainda sob jugo colonial, o parágrafo sexto da resolução indica que *“qualquer tentativa de destruir parcial ou totalmente a*

---

<sup>92</sup> CIJ, *“Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965”*, Opinião Consultiva, 25 de fevereiro de 2019, parágrafo 1.

<sup>93</sup> Ibid., parágrafos 27, 32 a 43, 108 a 112.

<sup>94</sup> Ibid., parágrafos 150 a 153.

*unidade nacional e a integridade territorial de um país é incompatível com os fins e princípios da Carta das Nações Unidas*<sup>95</sup>.

O direito à autodeterminação ainda foi enunciado no artigo 1º comum do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e na Declaração sobre Princípios de Amizade e Cooperação entre os Estados, anexada à Resolução AGNU nº 2.625 (XXV). Como a Corte aponta, a referida resolução foi aprovada por consenso e possui caráter normativo, reconhecendo o direito à autodeterminação dos povos como um “princípio básico do direito internacional”<sup>96</sup>.

A Corte aponta que a prática estatal e a *opinio iuris* confirmam o caráter costumeiro do direito à integridade territorial dos territórios ainda sob domínio colonial. Não há, após a aprovação da resolução AGNU nº 1514 (XV), precedentes em que a Assembleia Geral ou qualquer outro órgão das Nações Unidas tenham considerado como legal a separação de parte de um território sem governo próprio pelo Estado que o administra, para o fim de mantê-la sob jugo colonial. Qualquer separação desse gênero, sem o livre consentimento expresso e genuíno por parte da população do território, será contrária ao direito à autodeterminação<sup>97</sup>.

Por sua vez, as resoluções AGNU nº 2066 (XX) de 16 de dezembro de 1965, 2232 (XXI) de 20 de dezembro de 1966 e 2357 (XXII) de 19 de dezembro de 1967, citadas no questionamento feito pela AGNU à CIJ, condenaram qualquer tentativa de desmembramento de territórios sem governo próprio por parte dos Estados coloniais<sup>98</sup>.

Após identificar o direito aplicável, a Corte concluiu que a separação do Arquipélago de Chagos foi feita de forma irregular, sendo que o acordo “Lancaster House” não representou a vontade livre e genuína da população de Maurício. Os representantes da população colonial não exerciam poderes executivos e legislativos efetivos, sendo quase toda a autoridade detida pelo governo do Reino Unido. Segundo a Corte, não é possível falar

---

<sup>95</sup> Ibid., parágrafo 153.

<sup>96</sup> Ibid., parágrafos 154 e 155.

<sup>97</sup> Ibid., parágrafo 160.

<sup>98</sup> Ibid., parágrafos 165 e 166.

em acordo internacional quando uma das partes está sob a autoridade da outra. Assim, o processo de descolonização de Maurício não foi legalmente concluído<sup>99</sup>.

A contínua administração do Arquipélago de Chagos pelo Reino Unido constitui, na visão da Corte, um ato ilegal internacional, e deve ser interrompida imediatamente, com a conclusão do processo de descolonização de Maurício<sup>100</sup>.

A Opinião Consultiva de 2019 parece confirmar a jurisprudência anterior da CIJ sobre resoluções da ONU e costume internacional. Ao sublinhar que a aprovação da resolução AGNU nº 1514 (XV) foi um “*momento decisivo na consolidação da prática estatal de descolonização*”, a Corte Mundial reiterou o entendimento, implícito no caso “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*”, de que as resoluções da AGNU constituem ao mesmo tempo *opinio iuris* e prática estatal. Por outro lado, a Opinião Consultiva de 2019 utilizou os critérios estabelecidos na Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, ao concluir que a resolução nº 1514 (XV) da AGNU tem efeito declaratório quanto ao direito costumeiro à autodeterminação, tendo em vista seu conteúdo normativo e as condições de sua aprovação.

Quanto ao conteúdo normativo, a Corte faz referência expressa aos parágrafos primeiro, segundo, quinto e sexto da parte operativa da resolução. Os parágrafos primeiro e sexto afirmam que a violação da integridade territorial e a subjugação estrangeira são contrárias aos fins e princípios da Carta das Nações Unidas. O parágrafo segundo afirma que todos os povos “*têm o direito à autodeterminação*”. Já o parágrafo quinto determina que “*deverão ser tomadas medidas imediatas em todos os Territórios Sob Tutela e Territórios Não Autônomos ou em quaisquer outros territórios que não tenham ainda alcançado a independência, de forma a transferir todos os poderes para os povos desses territórios, sem quaisquer condições ou reservas, em conformidade com a sua vontade e desejo expressos*”, com a utilização, na versão em inglês original, do verbo “*shall*”<sup>101</sup>.

Verifica-se assim que as disposições são redigidas em termos normativos, expressando direitos e deveres. Como bem aponta James Summers, em sua interpretação da

---

<sup>99</sup> Ibid., parágrafos 172 a 174.

<sup>100</sup> Ibid., parágrafos 177 e 178.

<sup>101</sup> Ibid., parágrafo 153.

resolução, a Corte adotou uma visão não apenas holística, considerando a totalidade das disposições e seu conteúdo normativo, mas também atenta ao objetivo e propósito da resolução. Nesse sentido, o objetivo da resolução, expresso em seu preâmbulo, de "*pôr fim ao colonialismo, sob todas as suas formas e manifestações, de forma rápida e incondicional*", serve de norte para a Corte em sua interpretação das disposições relevantes. O parágrafo sexto, talvez o de maior relevância para a questão em análise, faz referência à "*integridade territorial de um país*"; o conceito de *país* não estava claramente definido na disposição e poderia dar margem a interpretações diversas; no entanto, considerando-se o objetivo da resolução e o conjunto de suas disposições, o entendimento da Corte foi de que territórios ainda sob jugo colonial configurariam "*países*", no sentido do parágrafo sexto<sup>102</sup>.

Quanto às condições de aprovação, a Resolução nº 1514 (XV) da AGNU foi aprovada por oitenta e nove votos afirmativos com nove abstenções, o que indica que a CIJ está disposta a aceitar resoluções aprovadas por ampla maioria para a identificação do costume, e não apenas as aprovadas por unanimidade ou consenso.

A "*realidade*" da *opinio iuris* também foi verificada pela Corte, que apontou, além do caráter normativo da resolução, que nenhum dos Estados que participaram da votação contestou a existência do direito à autodeterminação. Conforme James Summers nos aponta, a análise da "*realidade*" da *opinio iuris* pela Corte teve como ponto de partida o objeto e propósito da resolução expressos em seu preâmbulo, com um parâmetro objetivo para o exame da intenção dos Estados quando da aprovação do documento (o reconhecimento ou não do direito à autodeterminação)<sup>103</sup>.

Com efeito, da leitura dos registros da reunião, é possível verificar que mesmo os Estados que se abstiveram (como o Reino Unido e os Estados Unidos da América) justificaram seu posicionamento com base em reservas quanto à redação do documento e ao

---

<sup>102</sup> SUMMERS, James. Chagos, *Custom and the Interpretation of UN General Assembly Resolutions*. In: BURRI, Thomas e TRINIDAD, Jaime (eds.). *The International Court of Justice and Decolonization: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 9-40. Ver p. 20-22.

<sup>103</sup> *Ibid.*, ver p. 25 e 26.



tempo necessário para a implementação do direito à autodeterminação, sem questionar os princípios de direito internacional reconhecidos na resolução<sup>104</sup>.

A CIJ também parece ter prestado atenção à evolução da *opinio iuris* através do histórico de resoluções aprovadas pela Assembleia Geral sobre o tema: a Corte sublinha que, antes da aprovação da Resolução nº 1514 (XV), a Assembleia Geral teria afirmado o direito à autodeterminação em diversas ocasiões, citando as resoluções nº 637 (VII) de 16 de dezembro de 1952, 738 (VIII) de 28 de novembro de 1953 e 1188 (XII) de 11 de dezembro de 1957. Tal evolução da *opinio iuris* teria culminado na aprovação da Resolução nº 1514 (XV) de 1960 que, conforme a Corte, clarificou o conteúdo e escopo do direito à autodeterminação, com uma linguagem normativa<sup>105</sup>.

A análise da série histórica das resoluções também demonstra a aceitação crescente pela comunidade de Estados do direito costumeiro à autodeterminação: a Resolução AGNU nº 637 (VII) A de 1952 foi aprovada com quarenta votos favoráveis e catorze contrários, com seis abstenções; a Resolução nº 738 (VIII) de 1953 foi aprovada com quarenta e três votos favoráveis e nove contrários, com cinco abstenções; a Resolução nº 1188 (XII) de 1957 foi aprovada com sessenta e cinco votos favoráveis e treze abstenções; Por fim, a Resolução nº 1514 (XV) foi aprovada, como vimos, por oitenta e nove votos afirmativos com nove abstenções<sup>106</sup>.

Como Stephen Allen destaca, um ponto muito importante nas discussões sobre a separação do Arquipélago de Chagos é o momento exato em que o direito à autodeterminação se tornou uma norma costumeira. Se o direito costumeiro tivesse surgido antes de 1965, o Reino Unido teria a obrigação internacional de preservar a integridade territorial da colônia. Por outro lado, se a regra costumeira tivesse se cristalizado apenas após 1965, a separação do Arquipélago não teria sido ilegal. A primeira posição foi adotada

---

<sup>104</sup> A votação se deu na 947ª reunião plenária da 15ª sessão da Assembleia Geral, em 14 de dezembro de 1960. Os registros da reunião e as justificativas dos votos estão disponíveis em: <https://digitallibrary.un.org/record/747044> (acesso em 01 de maio de 2023).

<sup>105</sup> CIJ, “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*”, Opinião Consultiva, 25 de fevereiro de 2019, parágrafo 150.

<sup>106</sup> SUMMERS, James. Chagos, *Custom and the Interpretation of UN General Assembly Resolutions*. In: BURRI, Thomas e TRINIDAD, Jaime (eds.). *The International Court of Justice and Decolonization: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 9-40. Ver: p. 27-31. Para os registros das votações, consultar a biblioteca digital das Nações Unidas, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/?ln=en>.

pela República de Maurício, que defendeu que o direito à autodeterminação se tornou costume internacional com a aprovação da Resolução nº 1514 (XV) da AGNU em 1960; por sua vez, o Reino Unido e os EUA arguíram que o direito costumeiro só teria se consolidado com a aprovação da Resolução nº 2.625 da AGNU por consenso em 1970, que inclui a Declaração sobre Princípios de Amizade e Cooperação entre os Estados<sup>107</sup>.

Como vimos, a Corte adotou a primeira posição, entendendo que a Resolução nº 1514 (XV) da AGNU, ainda que não tenha sido aprovada por consenso, foi decisiva na formação da norma costumeira de autodeterminação. A prática estatal e *opinio iuris* posteriores à sua aprovação teriam confirmado o valor normativo da resolução, sendo certo que o direito costumeiro à autodeterminação existia no momento da separação do Arquipélago de Chagos.

Como Stephen Allen ressalta, a Corte parece ter reconhecido implicitamente que a Resolução nº 1514 (XV) da AGNU constitui costume internacional já em sua Opinião Consultiva "*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*" de 1971, ao referir-se a ela ao citar desenvolvimentos no campo do direito costumeiro internacional relativo ao direito de autodeterminação<sup>108</sup>.

Da análise dos precedentes, podemos delinear o entendimento da CIJ quanto à relação entre as resoluções da Assembleia Geral e o processo de formação do costume

---

<sup>107</sup> ALLEN, Stephen. *Self-determination, the Chagos Advisory Opinion and the Chagossians*. International and Comparative Law Quarterly, Volume 69, edição 1, janeiro de 2020. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/62171> (acesso em 01 de maio de 2023).

<sup>108</sup>Ver: ALLEN, Stephen. *The Chagos Islanders and International Law*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2014. p. 285 e 286: "(...) in that case, the ICJ did not address the status of the rights and obligations contained in the Colonial Declaration directly – its focus was on interpreting the obligations imposed on South Africa in relation to the mandated territory of Namibia under Article 22 of the 1919 Covenant of the League of Nations. Nonetheless, it did observe that the task of interpreting the relevant provisions of the Covenant could not: 'remain unaffected by the subsequent development of international law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law'. Given that Article 73 of the Charter and the Colonial Declaration were the only sources referred to in the Court's discussion of the development of international law in this field after the Covenant of the League of Nations was adopted, it appears to follow that the ICJ considered the central provisions of the Colonial Declaration – that all colonial peoples possess the right of self-determination – to be representative of CIL in this area". Para as passagens relevantes da Opinião Consultiva, ver: CIJ, "*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*", Opinião Consultiva, 21 de junho de 1971, parágrafos 52 e 53.

internacional. Em primeiro lugar, a Corte reconhece que regras costumeiras podem surgir a partir de resoluções da ONU em certas circunstâncias sem a necessidade de prática estatal adicional. Em segundo lugar, a Corte indica quatro critérios para que uma resolução da AGNU contribua para a formação de uma norma costumeira: i) conteúdo normativo da resolução; ii) condições de aprovação da resolução; iii) realidade da *opinio iuris*; iv) repetição das resoluções. O último critério não parece ser obrigatório, podendo o costume surgir a partir de uma única resolução, no entanto a repetição pode servir para indicar a evolução e/ou consolidação da *opinio iuris*. Quanto ao critério das condições de aprovação, não é necessário que haja unanimidade ou consenso, bastando uma ampla maioria representativa. No próximo capítulo examinaremos este aspecto com maior detalhe, avaliando qual a participação necessária para a formação do costume, considerando ainda o conceito dos Estados cujos interesses são especialmente afetados formulado pela Corte nos casos “*North Sea Continental Shelf*”.

## 4. Democratização do Processo de Formação do Costume Internacional

### 4.1. Participação Necessária dos Estados: Quantos ou Quais?

Passamos agora à análise da questão da participação necessária para a formação das normas costumeiras. Em síntese, trata-se de uma tentativa de responder aos seguintes questionamentos: que Estados devem participar do processo de formação (por meio da prática estatal e da *opinio iuris*) para que uma regra costumeira surja? Trata-se de uma questão meramente quantitativa (quantos Estados) ou qualitativa (quais Estados)?

Nos casos “*North Sea Continental Shelf*”, a Corte Internacional de Justiça desenvolveu a doutrina dos “*Estados cujos interesses são especialmente afetados*”, ao analisar a possibilidade do princípio da equidistância previsto na Convenção sobre Plataformas Continentais ter se tornado uma norma costumeira. A Corte indicou que, para que uma regra costumeira surja a partir de uma norma convencional, uma participação ampla e representativa no tratado em questão pode ser suficiente, desde que os Estados cujos interesses são especialmente afetados dele façam parte. Adicionalmente, a prática estatal e a *opinio iuris* subsequentes, incluídas as dos Estados especialmente afetados, devem apoiar o surgimento da regra costumeira<sup>109</sup>. Assim, a participação dos Estados especialmente afetados seria crucial no processo de formação do costume.

O “*Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law*” da International Law Association de 2000, partindo da doutrina dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, indica que o critério utilizado para determinar se a participação em uma prática e *opinio iuris* é suficiente para a criação do costume seria qualitativo, e não quantitativo. Ou seja, o que importaria não são quantos Estados, mas quais Estados. Este critério teria dois aspectos, um positivo e um negativo. O aspecto positivo é que, se os Estados cujos interesses são especialmente afetados aderirem, não é necessária a participação da maioria esmagadora da comunidade internacional para

---

<sup>109</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafos 73 e 74.

que o costume surja. O negativo é que, se os atores importantes não aceitarem a prática, esta não pode dar origem ao costume<sup>110</sup>.

Uma série de críticas podem ser feitas a tal doutrina. Primeiramente, ela certamente soa antidemocrática, como admitido pela própria International Law Association, uma vez que uma minoria de Estados poderia impor sua vontade sobre a comunidade internacional como um todo, e, por outro lado, um punhado de Estados poderia impedir uma norma costumeira de surgir, mesmo que a maioria da comunidade internacional a aceite<sup>111</sup>. Por outro lado, a adoção do conceito de “Estados cujos interesses são especialmente afetados” como critério para identificar a formação do costume internacional parece ofender o princípio da igualdade soberana entre Estados, uma vez que todos os Estados têm interesse no conteúdo e no desenvolvimento do Direito Internacional em todas as suas áreas, sendo, portanto, a prática e a *opinio iuris* de todos os Estados igualmente relevante<sup>112</sup>. Questiona-se ainda se a Corte Internacional de Justiça continua endossando o critério qualitativo, uma vez que o conceito de “Estados cujos interesses são especialmente afetados” não foi citado em nenhuma outra decisão do tribunal<sup>113</sup>.

Quanto ao ponto, cabe analisar a obra de Brian Lepard, que propõe uma perspectiva mais democrática do processo de formação do costume internacional, sem rejeitar por completo a doutrina dos Estados cujos interesses são especialmente afetados.

Lepard indica que o fundamento da obrigatoriedade do costume internacional é a participação em uma comunidade global de Estados. Ao reconhecerem que fazem parte de uma comunidade internacional, os Estados também reconhecem que esta comunidade é capaz de efetivamente “legislar” para todos os seus integrantes através do processo de formação do costume internacional. Dessa forma, o Estado não está submetido a uma norma

---

<sup>110</sup> ADI. *Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law*, 2000. p. 26.

<sup>111</sup> *Ibid.*, loc. Cit.

<sup>112</sup> Ver: CDINU. Report of the International Law Commission Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), 2014. p. 246. Ver também: PRICE, Richard. *Emerging Customary Norms and Anti-Personnel Landmines*. In: REUS-SMIT, Christian (ed). *The Politics of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 106-130: “There are good reasons to reject the applicability and importance of the doctrine of ‘specially affected states’ to the emergence of a customary norm prohibiting AP landmines. The foundational doctrine of the sovereign and legal equality of states, a cornerstone of international law, is not to be overridden lightly”.

<sup>113</sup> HELLER, Kevin Jon. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. Amsterdam Center for International Law No. 2017-30. p. 7.

costumeira porque ele consentiu explicitamente a ela. Ao invés, é o consentimento dos Estados em geral sob a forma de uma crença de determinada regra ser adequada que dá origem à norma costumeira<sup>114</sup>. Assim, um Estado pode ser submetido a uma regra costumeira mesmo que não tenha participado de seu processo de formação.

O processo de formação do costume internacional pode ser comparado, segundo o autor, a um processo legiferante informal no âmbito da comunidade global de Estados. Dessa forma, poderiam ser aplicados princípios democráticos ao processo de formação do costume internacional. O autor não ignora, no entanto, o conceito formulado pela CIJ de “Estados especialmente afetados”, e o maior peso que deve ser conferido à sua prática estatal e *opinio iuris*, mas argumenta que, em geral, deveria haver uma presunção, que poderia ser afastada por provas em contrário, de que todos os Estados da comunidade global são potencialmente afetados pelas regras de direito internacional costumeiro, dada a intensa interdependência que atualmente caracteriza todos os aspectos das relações interestatais (econômicas, sociais, culturais e militares)<sup>115</sup>.

Lepard aponta ainda que, se uma regra costumeira tem importantes implicações morais, então todos os Estados da comunidade internacional devem ter sua voz ouvida durante o processo de formação. Isto se dá porque todos os Estados e seus habitantes são afetados por igual por tal norma eticamente significativa; todos os Estados têm interesse direto nas matérias que afetam os próprios fundamentos da comunidade internacional, como o uso da força e as proibições da escravidão e do genocídio<sup>116</sup>.

Esta questão foi levantada nos procedimentos da Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, nos quais os Estados Unidos da América defenderam que uma regra costumeira proibindo o uso e a ameaça do uso de armas nucleares não teria surgido, tendo em vista a oposição dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, que no seu entender seriam os Estados nuclearmente armados<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p. 101, 102 e 106.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 151 e 153.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>117</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, “*Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Statement of the Government of the United States of*

O juiz Weeramantry rejeitou tal tese em seu voto dissidente, indicando que todos os Estados são especialmente afetados pelas armas nucleares, uma vez que nenhum grupo de nações – nucleares ou não nucleares – pode dizer que seus interesses são afetados de forma mais intensa. Toda nação do mundo é especialmente afetada pelas armas nucleares, pois, quando questões de sobrevivência estão envolvidas, o tema é de interesse universal<sup>118</sup>.

A própria Opinião Consultiva parece ir nesse sentido. Nela, como vimos, a Corte indicou que as resoluções aprovadas até então pela AGNU não eram suficientes para estabelecer uma *opinio iuris* quanto à proibição costumeira do uso de armas nucleares, uma vez que teriam sido aprovadas com um número significativo de votos contrários e abstenções<sup>119</sup>. Como bem aponta Roger S. Clark, o fator decisivo teria sido o tamanho do grupo dissidente, e não o fato de que o grupo era composto por potências nucleares e seus aliados<sup>120</sup>. A *contrario sensu*, é possível inferir que a Corte não considerou os Estados nuclearmente armados como os únicos Estados cujos interesses são especialmente afetados.

Feitas estas considerações, conclui-se que, via de regra, todos os Estados são igualmente afetados pelas normas internacionais. Nesse sentido, verificando-se que todos os Estados são igualmente interessados, a questão deixa de ser *qualitativa* e passa a ser *quantitativa*. Basta que uma maioria dos Estados apoie a norma para a formação do costume; cabe citar o voto dissidente do juiz Manfred Lachs nos casos “*North Sea Continental Shelf*”, no qual ele indica que, para uma norma costumeira se tornar vinculante, ela não precisa ser universalmente aceita, bastando que a maioria dos Estados a apoie<sup>121</sup>.

---

*America*”, p. 9: “*With respect to the use of nuclear weapons, customary law could not be created over the objection of the nuclear-weapon States, which are the States whose interests are most specially affected*”.

<sup>118</sup> CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, voto dissidente do juiz Christopher Gregory Weeramantry, 8 de julho de 1996, p. 535 e 536.

<sup>119</sup> *Ibid.*, Opinião Consultiva, parágrafo 71.

<sup>120</sup> CLARK, Roger S. *Treaty and Custom*. In: DE CHAZOURNES, Laurence Boisson e SANDS, Philippe (eds.). *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 171-180.

<sup>121</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), voto dissidente do juiz Manfred Lachs, p. 229: “*For to become binding, a rule or principle of international law need not pass the test of universal acceptance. This is reflected in several statements of the Court, e.g.: “generally . . . adopted in the practice of States” (Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 128). Not all States have, as I indicated earlier in a different context, an opportunity or possibility of applying a given rule. The evidence should be sought in the behaviour of a great number of States, possibly the majority of States, in any case the great majority of the interested States*”.

No entanto, esta maioria deve ser representativa: como o juiz Lachs indicou em seu voto, Estados com diferentes sistemas políticos, econômicos e jurídicos, de todos os continentes, devem participar do processo de formação do costume<sup>122</sup>. No mesmo sentido, Pierre-Marie Dupuy aponta a necessidade da aceitação da regra costumeira por uma maioria representativa de Estados, com integrantes de todas as regiões e de todas as categorias<sup>123</sup>.

No caso "*Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*", por exemplo, o juízo arbitral reconheceu que a Resolução da AGNU nº 1803 (XVII), sobre o tema "*Soberania permanente sobre os recursos naturais*" refletiria normas costumeiras, considerando como fator determinante para tal a circunstância de a resolução ter sido aprovada por uma maioria de Estados de diversos grupos representativos, de várias regiões geográficas e diversos sistemas econômicos<sup>124</sup>.

Quanto à maioria exigida, Brian Lepard defende que, tratando-se de uma norma vista pelos Estados como sendo essencial para a existência e a segurança da comunidade internacional, uma maioria simples seria suficiente para sua formação. Contudo, quanto mais a regra restringir a autonomia dos Estados, mais ampla deve ser a maioria. Recorrendo à teoria dos jogos, Lepard também faz uma distinção dependendo de como a situação a ser regulada pela norma costumeira é encarada pelos Estados. Tratando-se de um jogo de confiança (*assurance game* ou *stag hunt*)<sup>125</sup> ou um problema de coordenação puro (*pure coordination problem*)<sup>126</sup>, seria exigida uma maioria simples. No entanto, tratando-se um

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 227: "*For in the world today an essential factor in the formation of a new rule of general international law is to be taken into account: namely that States with different political, economic and legal systems, States of all continents, participate in the process. No more can a general rule of international law be established by the fiat of one or of a few, or-as it was once claimed-by the consensus of European States only*".

<sup>123</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 9ª edição, 2008, p. 348.

<sup>124</sup> "*Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*", Decisão Arbitral de Mérito, 19 de janeiro de 1977, parágrafos 84 e 87.

<sup>125</sup> O jogo de confiança, também conhecido como caça ao cervo, é ilustrado por meio de uma história narrada por Jean-Jacques Rousseau em que caçadores podem escolher caçar conjuntamente um cervo, ou individualmente um coelho, que oferece menos alimento. Se qualquer um deles optar por caçar o cervo sozinho, as chances de sucesso são mínimas. A cooperação para caçar o cervo é mais benéfica para todos, mas exige confiança entre o grupo de que irão cooperar. Ver: LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*, p. 62 e 63. Para a versão original de Rousseau, ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Tradução de Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2015, p. 98.

<sup>126</sup> O problema de coordenação puro envolve atores que preferem qualquer um de dois cursos de ação, desde que todos os outros atores escolham o mesmo que eles. Um exemplo seria a escolha entre dirigir pelo lado direito ou pelo esquerdo. Ver: LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*, p. 67 a 69.



problema de coordenação não puro (*non-pure coordination problem*)<sup>127</sup> ou de uma situação considerada como um “dilema do prisioneiro”<sup>128</sup>, seriam exigidas maiorias mais expressivas, uma vez que a solução socialmente ótima para tais problemas de coordenação não é o resultado preferido por todos os participantes<sup>129</sup>.

Por mais que sejam pertinentes as observações de Leparad relativas à teoria dos jogos, nos parece ser difícil, no caso concreto, determinar como a comunidade internacional enxerga e classifica as diversas situações a serem reguladas pelas normas costumeiras, não sendo possível chegar a um acordo sobre em que tipo de "jogo" os Estados estarão envolvidos em dada situação. Ademais, cabe mencionar que a Corte Internacional de Justiça não apontou, em suas decisões, que a quantidade de Estados necessária para a criação do costume variaria dependendo de como a situação é encarada pelos países. Assim, nos parece mais prudente e razoável o requisito de uma maioria simples representativa, nos moldes apresentados acima.

Havendo uma maioria representativa de Estados a favor da formação da norma costumeira geral, esta surgirá, e obrigará a todos os Estados, mesmo os que não participaram de seu processo de formação, excetuando-se os Estados enquadrados como objetores

---

<sup>127</sup> O problema de coordenação não puro envolve atores que preferem que todos cooperem em certo sentido, mas cada um prefere um determinado resultado. Um exemplo seria que alguns motoristas preferem dirigir pela direita e outros pela esquerda, mas todos desejam que exista um padrão para a direção. Ver: LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*, p. 70 e 71.

<sup>128</sup> O dilema do prisioneiro é ilustrado por meio da seguinte anedota: dois prisioneiros são suspeitos de terem cometido um crime grave, no entanto, as autoridades possuem provas apenas para condená-los por um crime menos grave. Se nenhum dos prisioneiros delatar o outro, ambos receberão uma pena leve pelo crime menor. Se um delatar e o outro se mantiver em silêncio, o delator fica livre e o delatado recebe uma pena muito pesada. Se ambos delatarem, ambos receberão penas pesadas. Com medo de serem delatados pelo outro, e esperando ficarem livres, ambos os prisioneiros são tentados a delatarem, levando ao pior cenário possível, em que ambos recebem a pena mais grave. O resultado de equilíbrio seria ambos se manterem em silêncio, recebendo uma pena mais leve, no entanto, ele exige a confiança entre os dois prisioneiros de que ambos se manterão em silêncio. Ver: LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*, p. 64 a 66.

<sup>129</sup> LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*, p. 158 e 159. A posição de Brian Leparad sobre a relação da teoria dos jogos e o processo de formação do costume também é adotada por Niels Petersen, que desenvolve algumas considerações adicionais. Para Petersen, em situações de "dilema do prisioneiro", nas quais é difícil definir a solução socialmente ótima para o problema de cooperação, a prática estatal e a *opinio iuris* servem como uma ferramenta epistemológica: quanto mais Estados apoiarem a norma que se pretende costumeira, mais provável será que ela reflita a solução socialmente ótima. Nesse sentido, caso haja um apoio quase unânime à regra, indicando que ela representa interesses comunitários legítimos, não se deveria admitir que Estados recalcitrantes sejam isentos pela objeção persistente, uma vez que seus interesses individuais estratégicos prejudicariam os interesses de toda a comunidade internacional. Ver: PETERSEN, Niels. *The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law*. In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 111-130.

persistentes. Assim, não é necessário o assentimento explícito de um Estado para que este esteja sujeito a uma norma costumeira, ao contrário do que foi defendido pela teoria soviética de direito internacional, que pregava que o âmbito de aplicabilidade das normas costumeiras estaria limitado aos Estados que anuíram com sua criação<sup>130</sup>.

Esta perspectiva mais democrática é partilhada também por Christian Tomuschat, que defende que acima dos Estados individuais haveria uma comunidade internacional, em cujo nome a maioria poderia falar e agir. Nesse sentido, não seria necessário o consentimento expresso ou tácito de cada Estado individual, mas a "aceitação geral" por uma maioria representativa de Estados, com a participação dos diversos grupos. Tomuschat, no entanto, chega ao extremo de rejeitar a doutrina do objeto persistente, argumentando que, caso a maioria dos Estados seja favorável a uma nova regra, um Estado não pode rejeitar sua aplicabilidade, por integrar a comunidade internacional dos Estados, o que não nos parece se coadunar com a jurisprudência da CIJ (exceto nas regras consideradas de *ius cogens*)<sup>131</sup>.

Existem, no entanto, situações específicas em que a doutrina dos “Estados cujos interesses são especialmente afetados” ainda seria aplicável. Tais situações envolveriam atividades estatais que afetam apenas um grupo de Estados, sem efeitos significativos para o restante da comunidade internacional, como parece ser o caso das plataformas continentais (apenas uma parcela dos Estados possui costas), mas não de temas de interesse universal, como regras de Direito Internacional Humanitário<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> ERICKSON, Richard J. *Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law*. Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 7 de 1975, pp. 148-168. Nesse sentido ver também: TUNKIN, Grigory Ivanovich. *Theory of International Law*. p. 128 a 131.

<sup>131</sup> TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against Their Will*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 241 (1993), publicado em 1994. Ver p. 278 a 291.

<sup>132</sup> Jean-Marie Henckaerts, em resposta aos comentários feitos pelos Estados Unidos da América acerca do estudo da Cruz Vermelha sobre o Direito Internacional Humanitário Costumeiro, indicou a diferença entre a situação apresentada nos casos "*North Sea Continental Shelf*", em que seria aplicável a doutrina dos Estados especialmente afetados, tendo em vista nem todos os Estados possuem costas, e temas de interesse universal, como o Direito Humanitário, em que todos os Estados são possivelmente afetados: "*The statement of the International Court of Justice in respect to the need for the practice of 'specially affected' states to be included was made in the context of the law of the sea – and in particular in order to determine whether a rule in a (not widely ratified) treaty had become part of customary international law. Given the specific nature of many rules of humanitarian law, it cannot be taken for granted that the same considerations should automatically apply. Unlike the law of the sea, where a state either has or does not have a coast, with respect to humanitarian law any state can potentially become involved in armed conflict and become 'specially affected'. Therefore, all states would seem to have a legitimate interest in the development of humanitarian law*". Ver: HENCKAERTS, Jean-Marie. *Customary International Humanitarian Law: a response to US comments*. International Review of the Red Cross, Volume 89, Número 866, Junho de 2007, pp. 473-488.

Este parece ter sido o entendimento da Comissão de Direito Internacional da ONU, que, em comentário às “*Draft conclusions on Identification of Customary International Law*”, indicou que, enquanto em muitos casos todos ou virtualmente todos os Estados seriam igualmente afetados, seria impraticável determinar, por exemplo, a existência e o conteúdo de uma regra costumeira relativa à navegação em zonas marítimas sem levar em conta o posicionamento dos Estados costeiros e com frota marítima, ou uma regra sobre investimento estrangeiro sem considerar a prática dos Estados exportadores de capital e dos Estados nos quais investimentos são feitos<sup>133</sup>.

Conforme Kevin Jon Heller, a aplicação da doutrina dos “Estados cujos interesses são especialmente afetados” nessas circunstâncias decorreria do princípio da não-intervenção, que está contido na igualdade soberana. O princípio da não-intervenção indicaria que os Estados não devem interferir em decisões de outros Estados que não os afetem, direta ou indiretamente. Tratar a participação dos Estados afetados e dos Estados não afetados de forma idêntica seria, sob esse aspecto, injusto. A doutrina dos “Estados cujos interesses são especialmente afetados” não chega ao extremo de alijar os Estados não afetados do processo de formação da norma costumeira, se limitando a dar maior peso à prática estatal e à *opinio iuris* dos Estados afetados<sup>134</sup>.

Heller apresenta os critérios a serem utilizados para definir, nos casos em que a doutrina dos “Estados cujos interesses são especialmente afetados” seja aplicável, se a participação no processo de formação do costume é suficiente. Deve-se averiguar, conforme o autor, (i) se uma maioria dos Estados especialmente afetados apoia a norma costumeira emergente; e (ii) se o apoio à norma é amplo e representativo na comunidade internacional<sup>135</sup>.

Seguindo o entendimento firmado no julgamento dos casos “*North Sea Continental Shelf*”<sup>136</sup>, a regra apenas surgiria se, além do apoio da maioria dos Estados especialmente

---

<sup>133</sup> CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018. Comentário à Conclusão 8. Fazemos a ressalva de que, em nosso entendimento, as regras de investimento estrangeiro devem ser consideradas como de interesse geral, tendo em vista que todos os Estados potencialmente são interessados.

<sup>134</sup> HELLER, Kevin Jon. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. Amsterdam Center for International Law No. 2017-30. p. 15. Veja-se também: NAVAJD, Adil. *International Law, Sovereignty and Specially Affected States*. University of Liverpool Law Review, Volume 6, 2020, pp 15-26.

<sup>135</sup> *Ibid.*, ver: p.58.

<sup>136</sup> Ver: CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafo 73: “*With respect to the other elements usually*

afetados, ainda houvesse o apoio por parte de Estados não especialmente afetados, sendo que o grupo total de Estados a favor da norma deve ser plural, com países de diferentes sistemas políticos, econômicos e jurídicos. Assim, uma norma costumeira não poderia se formar se houvesse a oposição da maioria dos Estados especialmente afetados; por outro lado, mesmo que haja o apoio da maioria dos Estados especialmente afetados, caso não haja um apoio amplo e representativo na comunidade internacional como um todo, com a participação de Estados não especialmente afetados, a norma não surgiria<sup>137</sup>.

Como aponta o autor, não parece razoável exigir que todos os Estados especialmente afetados devam apoiar uma regra para que o costume surja: isto equivaleria a cada Estado ter um poder de veto sobre o processo de formação do costume, o que efetivamente esvaziaria de sentido a regra do objeter persistente. Ao invés, há uma “igualdade legislativa” entre os Estados especialmente interessados, sendo necessário apenas que uma maioria destes apoie a norma<sup>138</sup>.

Ademais, Heller ressalta que são considerados como "Estados cujos interesses são especialmente afetados", não apenas os Estados capazes de engajar na prática estatal relevante, mas também aqueles impactados pela prática estatal. Esta visão vai na contramão do defendido por algumas potências do hemisfério norte como os Estados Unidos da América: em muitos casos a maioria dos Estados especialmente afetados será composta por Estados em desenvolvimento do sul global. Assim, a doutrina dos "Estados cujos interesses são especialmente afetados", pode servir não como ferramenta para os Estados poderosos controlarem o processo de formação do costume (como ela muitas vezes foi vista), mas como meio para dar protagonismo aos Estados menos poderosos<sup>139</sup>.

---

*regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected.*"

<sup>137</sup> HELLER, Kevin Jon. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. Amsterdam Center for International Law No. 2017-30, ver: p. 59 a 64. Nesse sentido, veja-se também: VILLIGER, Mark E. *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 14: "The implication was that, without the practice of specially affected States, a customary rule could not arise, nor continue to exist. Nonetheless, this is not tantamount to saying that, if all specially affected States engage in such practice, a customary rule must come about, since the remaining practice of other States may be sufficiently inconsistent to prevent the formation of the customary rule".

<sup>138</sup> HELLER, Kevin Jon. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*, p. 53 a 59.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 64 a 67.

Quanto ao ponto, interessante notar que a União Africana se manifestou, durante os procedimentos da Opinião Consultiva “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*”, no sentido de que os Estados africanos e os Estados que já tivessem sido colônias deveriam ser considerados como "Estados especialmente afetados" na formação das normas costumeiras sobre descolonização<sup>140</sup>. Não obstante, como vimos, a CIJ não parece ter invocado a doutrina dos "Estados cujos interesses são especialmente afetados" ao identificar a norma costumeira referente à autodeterminação e à integridade territorial.

Como podemos perceber, no processo de formação do costume internacional é fundamental a participação da comunidade internacional como um todo, dos Estados em toda a sua diversidade, mesmo nos casos em que a doutrina dos "Estados cujos interesses são especialmente afetados" ainda for aplicável. Esse processo de formação é cada vez mais encarado em uma perspectiva democrática e plural, muito diferente da visão antiga do costume internacional, em que as normas costumeiras eram criadas por um punhado de potências ocidentais<sup>141</sup>.

Nesse sentido, a adoção da abordagem "moderna" do costume internacional, na qual a *opinio iuris* é considerada o elemento crucial na criação das normas costumeiras, também dá maior voz e peso aos países menos poderosos no processo de formação do costume, ao contrário da abordagem "tradicional", na qual a prática estatal detinha o papel central<sup>142</sup>. Isto ocorre pelo fato de, em muitos casos, a prática estatal dos atores periféricos não poder ser verificada tão facilmente quanto a das maiores potências, tendo em vista as dificuldades logísticas que os países menos poderosos enfrentam para sistematizar e publicizar suas práticas estatais, bem como pela circunstância de que muitos Estados podem não possuir os recursos necessários para engajar na atividade estatal relevante<sup>143</sup>. A expressão da *opinio*

---

<sup>140</sup> CIJ, “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*”, “*Written Comments of the African Union on other Written Statements*”, 15 de maio de 2018, parágrafo 23.

<sup>141</sup> CHIMNI, B.S. *Customary International Law: A Third World Perspective*. American Journal of International Law. Vol. 112(1), janeiro de 2018. p. 1-46.

<sup>142</sup> ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. The American Journal of International Law, vol. 95, no. 4, 2001, pp. 757–791.

<sup>143</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira e YIP, César. *Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass*. Chinese Journal of International Law. Volume 16, edição 2, junho de 2017. p. 251-270.

*iuris*, por outro lado, é mais facilmente identificada, especialmente considerando-se a documentação da participação dos Estados em organismos e fóruns multilaterais.

Dentro desta perspectiva mais inclusiva do processo de formação do costume internacional, na qual a *opinio iuris* é tida como elemento central, fica evidente que a Assembleia Geral das Nações Unidas pode desempenhar um papel importante na criação de normas costumeiras, uma vez que lá está reunida quase a totalidade dos Estados da comunidade internacional, que podem expressar suas convicções sobre diversos temas do direito internacional.

Assim, conforme o exposto anteriormente, em especial os requisitos estipulados na jurisprudência da CIJ, caso uma maioria representativa da AGNU aprove uma resolução com linguagem normativa, e não forem feitas reservas expressas pelos Estados de que a resolução possui valor meramente político, esta resolução poderá produzir uma norma costumeira geral. Como vimos ao analisar a Opinião Consultiva da CIJ de 2019 “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*”, a Corte entende que não é necessário que a resolução seja aprovada por unanimidade ou consenso para a produção do costume, bastando haver uma maioria ampla e representativa. Cabe destacar ainda que, tratando-se de uma situação em que seja aplicável a doutrina dos “Estados cujos interesses são especialmente afetados”, deve-se averiguar se, na maioria representativa que aprovou a resolução, está incluída pelo menos uma maioria simples dos Estados especialmente afetados.

Ressalvamos que, considerando-se a Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, nos parece que a Corte tende a adotar uma postura cautelosa, estando mais propensa a reconhecer a formação do costume a partir de resoluções que receberam um apoio maciço dos Estados.

Até este ponto, analisamos o papel das resoluções da AGNU no processo de formação do costume internacional a partir de uma visão tradicional pautada pelo consentimento estatal, entendendo-se este como a fonte das normas internacionais. Agora, cabe apresentar novas perspectivas desenvolvidas sobre o costume internacional, que visam superar em certa medida o paradigma interestatal do seu processo de criação e apresentar

novos fundamentos para a obrigatoriedade das normas costumeiras, que não o consentimento estatal.

#### 4.2. Novas Perspectivas sobre o Costume Internacional

Iniciaremos esta seção examinando o pensamento do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade da CIJ, que pugnava pela humanização do direito internacional. Para tanto, utilizaremos como base o seu voto dissidente nos casos "*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*".

Em 24 de abril de 2014, as Ilhas Marshall apresentaram à Corte Internacional de Justiça nove petições escritas contra cada um dos países que, segundo o Estado autor, seriam detentores de armas nucleares (Estados Unidos da América, Federação Russa, França, Índia, Israel, Paquistão, Reino Unido, República Popular da China e República Popular e Democrática da Coreia). Nas petições escritas, as Ilhas Marshall acusaram as potências nucleares de descumprirem sua obrigação de negociar medidas efetivas para a cessação em data próxima da corrida armamentista nuclear e para o desarmamento nuclear, alegando que tal obrigação está não apenas prevista no artigo VI do Tratado de Não-Proliferação Nuclear<sup>144</sup>, como também constitui uma norma costumeira<sup>145</sup>.

Os casos contra Índia, Paquistão e o Reino Unido entraram na Lista Geral da Corte, tendo em vista que a parte autora invocou as declarações feitas pelos referidos Estados reconhecendo a jurisdição obrigatória da CIJ, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º do artigo 36 do Estatuto da Corte, como base para a admissibilidade da demanda. Nas petições escritas voltadas contra as demais potências nucleares, as Ilhas Marshall convidaram os respectivos Estados a aceitarem a jurisdição da Corte, nos termos do artigo

---

<sup>144</sup> "Artigo VI: Cada Parte deste Tratado compromete-se a entabular, de boa fé, negociações sobre medidas efetivas para a cessação em data próxima da corrida armamentista nuclear e para o desarmamento nuclear, e sobre um Tratado de desarmamento geral e completo, sob estrito e eficaz controle internacional".

<sup>145</sup> CIJ, "*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*" (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Petição escrita das Ilhas Marshall, parágrafos 17 e 86 a 92.

38, parágrafo 5º do Regulamento da Corte: como nenhum dos países aceitou o convite, os demais casos não foram incluídos na Lista Geral da Corte, e não foram apreciados<sup>146</sup>.

Em apertada síntese, quanto ao caráter costumeiro da obrigação de negociação do desarmamento nuclear contida no artigo VI do Tratado de Não-Proliferação, as Ilhas Marshall defenderam que os requisitos estabelecidos nos casos “*North Sea Continental Shelf*” para que uma norma convencional se torne costume estariam preenchidos: (i) o caráter normativo da disposição; (ii) a adesão ampla e representativa ao tratado, com a participação dos Estados cujos interesses são especialmente afetados; e (iii) a existência de prática estatal e de *opinio iuris*, inclusive dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, a favor da criação da norma costumeira<sup>147</sup>.

Quanto ao primeiro requisito, as Ilhas Marshall apontam que, pelo seu próprio conteúdo, a obrigação de negociar de boa-fé o desarmamento nuclear visa proteger um interesse coletivo da comunidade internacional. Além disso, a redação do Artigo VI deixaria clara que tal obrigação não está submetida a qualquer condição nem permitiria sua derrogação pelas partes, indicando seu caráter normativo<sup>148</sup>.

Quanto ao segundo requisito, a participação ampla e representativa no Tratado seria evidente, uma vez que 190 países o ratificaram, sendo considerado um dos instrumentos multilaterais mais bem-sucedidos em termos de números de signatários. Mesmo que quatro Estados possuidores de armas nucleares não sejam parte dele, virtualmente todos os Estados teriam manifestado seu compromisso com a negociação do desarmamento nuclear, por exemplo, ao apoiarem resoluções de organismos internacionais que reconhecem a obrigação de tal negociação<sup>149</sup>.

Quanto ao terceiro requisito, a prática estatal poderia ser verificada em inúmeras iniciativas, de nível regional ou universal, com vistas ao desarmamento nuclear. Por outro

---

<sup>146</sup> CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Objecões Preliminares, Julgamento, 5 de outubro de 2016, parágrafo 22.

<sup>147</sup> CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969, parágrafos 71 a 74.

<sup>148</sup> CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Memorial das Ilhas Marshall, parágrafos 192 e 193.

<sup>149</sup> *Ibid.*, parágrafo 194.



lado, a *opinio iuris* poderia ser inferida do amplo apoio dado a resoluções da AGNU e do CSNU reconhecendo uma obrigação de negociar-se o desarmamento nuclear<sup>150</sup>.

Em 5 de outubro de 2016, a CIJ, ao se debruçar sobre os casos, analisou separadamente sua admissibilidade antes de proceder ao exame de mérito, acolhendo as objeções preliminares formuladas pelos Estados réus, ao concluir que as Ilhas Marshall não conseguiram demonstrar a existência de controvérsia jurídica ao tempo da apresentação dos casos. A Corte entendeu que a existência de uma controvérsia deve ser determinada a partir do diálogo bilateral entre as partes antes do início do processo; no caso, não seria possível identificar nenhum comportamento por parte das Ilhas Marshall, anterior à apresentação das petições escritas, que constituísse uma oposição direta, específica e inequívoca à conduta dos Estados réus: estes não poderiam ter consciência de que as Ilhas Marshall estavam apresentando alegações de que eles estariam agindo em desconformidade com o Direito Internacional<sup>151</sup>.

O juiz Cançado Trindade, em seu extenso voto dissidente<sup>152</sup>, discordou da opinião majoritária, defendendo a admissibilidade dos casos. Segundo o juiz, a jurisprudência anterior da Corte indicaria que a existência de uma controvérsia jurídica deve ser determinada de forma objetiva pela Corte, não sendo necessário perquirir a consciência subjetiva do Estado reclamado, nem haver o reconhecimento explícito da disputa por este. Assim, analisando-se objetivamente os casos apresentados, seria possível identificar uma controvérsia jurídica entre as partes, uma vez que as Ilhas Marshall manifestaram publicamente sua insatisfação com as potências nucleares, e estas, por outro lado, entendem

---

<sup>150</sup> Ibid., parágrafo 195.

<sup>151</sup> CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Índia), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento, 5 de outubro de 2016, parágrafos 41 à 53; CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Paquistão), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento, 5 de outubro de 2016, parágrafos 41 à 53; e CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Objeções Preliminares, Julgamento, 5 de outubro de 2016, parágrafos 44 a 57.

<sup>152</sup> O juiz apresentou voto dissidente em todos os três casos apresentados pelas Ilhas Marshall. Dada a identidade de argumentos jurídicos, nos limitaremos a referir nas notas de rodapé o voto dissidente apresentado no caso envolvendo o Reino Unido. Este voto foi publicado em formato de livro pela Fundação Alexandre Gusmão: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.

não terem violado a obrigação de desarmamento nuclear, tendo se pronunciado nesse sentido perante a Corte (haveria dois cursos de ação distintos, uma oposição de visões jurídicas)<sup>153</sup>.

Após analisar a admissibilidade das ações, o juiz Cançado Trindade examinou a existência de uma obrigação universal de desarmamento nuclear, investigando as séries históricas de resoluções das Nações Unidas quanto ao tema das armas nucleares, a saber: (i) resoluções da AGNU sobre armas nucleares no período de 1971 a 1981<sup>154</sup>; (ii) resoluções da AGNU recomendando o "congelamento" da corrida armamentista nuclear no período de 1982 a 1992<sup>155</sup>; (iii) resoluções da AGNU considerando o uso de armas nucleares como uma violação da Carta das Nações Unidas<sup>156</sup>; (iv) resoluções da AGNU condenando armas

---

<sup>153</sup> CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 5 e 16 à 20.

<sup>154</sup> AGNU, Resoluções: A/RES/2934 de 29 de novembro de 1972; A/RES/2936 de 29 de novembro de 1972; A/RES/3078 de 06 de dezembro de 1973; A/RES/3257 de 09 de dezembro de 1974; A/RES/3466 de 11 de dezembro de 1975; A/RES/3478 de 11 de dezembro de 1975; A/RES/31/66 de 10 de dezembro de 1976; A/RES/32/78 de 12 de dezembro de 1977; A/RES/33/71 de 14 de dezembro de 1978; A/RES/33/72 de 14 de dezembro de 1978; A/RES/33/91 de 16 de dezembro de 1978; A/RES/34/83 de 11 de dezembro de 1979; A/RES/34/84 de 11 de dezembro de 1979; A/RES/34/85 de 11 de dezembro de 1979; A/RES/34/86 de 11 de dezembro de 1979; A/RES/35/152 de 12 de dezembro de 1980; A/RES/35/155 de 12 de dezembro de 1980; A/RES/35/156 de 12 de dezembro de 1980; A/RES/36/81 de 09 de dezembro de 1981; A/RES/36/84 de 09 de dezembro de 1981; A/RES/36/92 de 09 de dezembro de 1981; A/RES/36/94 de 09 de dezembro de 1981; A/RES/36/95 de 09 de dezembro de 1981; A/RES/36/97 de 09 de dezembro de 1981 e A/RES/36/100 de 09 de dezembro de 1981.

<sup>155</sup> AGNU, Resoluções: A/RES/37/100A de 13 de dezembro de 1982; A/RES/38/73E de 15 de dezembro de 1983; A/RES/39/63C de 12 de dezembro de 1984; A/RES/40/151C de 16 de dezembro de 1985; A/RES/41/60E de 03 de dezembro de 1986; A/RES/42/39B de 30 de novembro de 1987; A/RES/43/76B de 07 de dezembro de 1988; A/RES/44/117D de 15 de dezembro de 1989; A/RES/45/59D de 04 de dezembro de 1990; A/RES/46/37C de 06 de dezembro de 1991 e A/RES/47/53E de 09 de dezembro de 1992.

<sup>156</sup> AGNU, Resoluções: A/RES/1653 (XVI) de 24 de novembro de 1961; A/RES/33/71B de 14 de dezembro de 1978; A/RES/34/83G de 11 de dezembro de 1979; A/RES/35/152D de 12 de dezembro de 1980; A/RES/36/92I de 09 de dezembro de 1981; A/RES/45/59B de 04 de dezembro de 1990 e A/RES/46/37D de 06 de dezembro de 1991.

nucleares no período de 1982 a 2015<sup>157</sup>; (v) resoluções da AGNU dando seguimento à Opinião Consultiva da CIJ de 1996<sup>158</sup>; e (vi) resoluções do CSNU sobre armas nucleares<sup>159</sup>.

Cançado Trindade conclui que tais resoluções evidenciam a emergência de uma *opinio iuris* no sentido da formação de uma obrigação costumeira correspondente à obrigação convencional do Artigo VI do Tratado de Não Proliferação Nuclear. O juiz sustenta, inclusive, que haveria emergido uma *opinio iuris communis* quanto à ilegalidade das armas nucleares. Seria um absurdo jurídico que armas de destruição em massa menos letais (como as biológicas e as químicas) já tenham sido banidas, enquanto as armas nucleares, muito mais nocivas, ainda não o tenham sido. O fato de que não há uma proibição convencional não importa que não haja uma costumeira<sup>160</sup>.

Para o juiz, deve-se abandonar uma visão estritamente interestatal do Direito Internacional em prol de uma perspectiva centrada nos povos que compõem a comunidade

---

<sup>157</sup> AGNU, Resoluções: A/RES/37/100C de 09 de dezembro de 1982; A/RES/38/73G de 15 de dezembro de 1983; A/RES/39/63H de 12 de dezembro de 1984; A/RES/40/151F de 16 de dezembro de 1985; A/RES/41/60F de 03 de dezembro de 1986; A/RES/42/39C de 30 de novembro de 1987; A/RES/43/76E de 07 de dezembro de 1988; A/RES/44/117C de 15 de dezembro de 1989; A/RES/45/59B de 04 de dezembro de 1990; A/RES/46/37D de 06 de dezembro de 1991; A/RES/47/53C de 09 de dezembro de 1992; A/RES/48/76B de 16 de dezembro de 1993; A/RES/49/76E de 15 de dezembro de 1994; A/RES/50/71E de 12 de dezembro de 1995; A/RES/51/46D de 10 de dezembro de 1996; A/RES/52/39C de 09 de dezembro de 1997; A/RES/53/78D de 04 de dezembro de 1998; A/RES/54/55D de 01 de dezembro de 1999; A/RES/55/34G de 20 de novembro de 2000; A/RES/56/25B de 29 de novembro de 2001; A/RES/57/94 de 22 de novembro de 2002; A/RES/58/64 de 08 de dezembro de 2003; A/RES/59/102 de 03 de dezembro de 2004; A/RES/60/88 de 08 de dezembro de 2005; A/RES/61/97 de 06 de dezembro de 2006; A/RES/62/51 de 05 de dezembro de 2007; A/RES/63/75 de 02 de fevereiro de 2008; A/RES/64/59 de 02 de dezembro de 2009; A/RES/65/80 de dezembro de 2010; A/RES/66/57 de 02 de dezembro de 2011; A/RES/67/64 de 03 de dezembro de 2012; A/RES/68/58 de 05 de dezembro de 2013; A/RES/69/69 de 02 de dezembro de 2014 e A/RES/70/62 de 07 de dezembro de 2015.

<sup>158</sup> AGNU. Resolução A/RES/52/38, 8 de janeiro de 1998; AGNU. Resolução A/RES/53/77, 12 de janeiro de 1999; AGNU. Resolução A/RES/54/54, 10 de janeiro de 2000; AGNU. Resolução A/RES/55/33, 12 de janeiro de 2001; AGNU. Resolução A/RES/56/24, 10 de janeiro de 2002; AGNU. Resolução A/RES/57/85, 9 de janeiro de 2003; AGNU. Resolução A/RES/58/46, 8 de janeiro de 2004; AGNU. Resolução A/RES/59/83, 16 de dezembro de 2004; AGNU. Resolução A/RES/60/76, 11 de janeiro de 2006; AGNU. Resolução A/RES/61/83, 18 de dezembro de 2006; AGNU. Resolução A/RES/62/39, 8 de janeiro de 2008; AGNU. Resolução A/RES/63/49, 12 de janeiro de 2009; AGNU. Resolução A/RES/64/55, 12 de janeiro de 2010; AGNU. Resolução A/RES/65/76, 13 de janeiro de 2011; AGNU. Resolução A/RES/66/46, 12 de janeiro de 2012; AGNU. Resolução A/RES/67/33, 4 de janeiro de 2013; AGNU. Resolução A/RES/68/42, 10 de dezembro de 2013; AGNU. Resolução A/RES/69/43, 11 de dezembro de 2014; AGNU. Resolução A/RES/70/56, 11 de dezembro de 2015; AGNU. Resolução A/RES/71/58, 13 de dezembro de 2016; AGNU. Resolução A/RES/72/58, 13 de dezembro de 2017; AGNU. Resolução A/RES/73/64, 13 de dezembro de 2018.

<sup>159</sup> CSNU, Resoluções: S/23500 de 31 de janeiro de 1992; S/RES/984 de 11 de abril de 1995; S/RES/1540 de 28 de abril de 2004; S/RES/1673 de 27 de abril de 2006; S/RES/1810 de 25 de abril de 2008 e S/RES/1887 de 24 de setembro de 2009.

<sup>160</sup> CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 63 e 147.

internacional; a própria Carta das Nações Unidas embasaria tal perspectiva, uma vez que foi assinada por “*nós, os povos das Nações Unidas*”. Deve-se adotar uma visão humanista do Direito Internacional, e não exclusivamente voluntarista, calcada unicamente na vontade dos Estados. Assumindo uma posição expressamente jusnaturalista, o juiz afirma que a consciência humana tem primazia sobre o arbítrio de Estados individuais: a consciência jurídica universal seria a fonte material primária do Direito Internacional. O costume internacional emanaria não da prática dos Estados (repleta de ambiguidades e contradições) e sim da *opinio iuris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional: Estados, organizações internacionais e seres humanos, a humanidade como um todo<sup>161</sup>.

Segundo Cançado Trindade, a Corte sofreu de “miopia interestatal” na Opinião Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, privilegiando a sobrevivência de um Estado hipotético em detrimento da sobrevivência de povos e indivíduos. No seu entender, a Corte não deu a devida atenção ao fato de o Direito Internacional Humanitário se aplicar em todas as hipóteses de legítima defesa estatal, e de que as armas nucleares violam, por sua própria natureza, os princípios da distinção e da proporcionalidade, e a proibição de infligir sofrimento desnecessário, não sendo compatíveis, portanto, com o Direito Internacional Humanitário em nenhum cenário<sup>162</sup>.

As resoluções das Nações Unidas analisadas seriam uma expressão da *opinio iuris communis* quanto à ilegalidade das armas nucleares e a obrigação do desarmamento nuclear. Os Estados nuclearmente armados não poderiam se arrogar a prerrogativa de preservar seus arsenais nucleares, insistindo em interesses de segurança nacional, em oposição aos anseios da maioria esmagadora da comunidade internacional, expressos nestas séries de resoluções; A sobrevivência da humanidade não poderia depender da vontade de um punhado de Estados: a consciência jurídica universal teria primazia sobre a vontade de Estados individuais<sup>163</sup>.

Antônio Augusto Cançado Trindade defendeu essa nova visão do Direito Internacional (pautada não na vontade dos Estados mas em uma "consciência jurídica universal", e centrada nos povos) em outras oportunidades, como em seu voto dissidente no

---

<sup>161</sup> Ibid., parágrafos 119, 189, 196 e 224.

<sup>162</sup> Ibid., parágrafos 156, 166 e 171.

<sup>163</sup> Ibid., parágrafo 146.

caso “*Jurisdictional Immunities of the State*”<sup>164</sup> e em obras doutrinárias como “*Princípios do direito internacional contemporâneo*”<sup>165</sup>.

Em “*A Humanização do Direito Internacional*”, Cançado Trindade desenvolve essa tese, fundada no jusnaturalismo, indicando que a *opinio iuris* seria fator da própria formação do Direito Internacional (não apenas elemento constitutivo do costume); os dados fundamentais da ordem jurídica internacional seriam independentes da vontade dos Estados, sendo a *opinio iuris* uma expressão da consciência jurídica da comunidade internacional. Com o abandono do positivismo voluntarista, se restauraria o primado da consciência sobre a vontade. A consciência referir-se-ia a valores objetivos que se situam acima da vontade, sendo que o Direito emanaria da consciência comum do que é juridicamente necessário (*opinio iuris communis necessitatis*)<sup>166</sup>.

A posição jusnaturalista de Cançado Trindade se aproxima da adotada por Jorge Bacelar Gouveia, que, apontando algumas inconsistências do pensamento voluntarista tradicional, 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 decorrentes do Direito Natural*”<sup>167</sup>.

Destacamos ainda a proximidade do pensamento de Cançado Trindade com o voto do juiz Alejandro Álvarez no caso “*Fisheries*” de 1951, no qual argumentou que os princípios do Direito Internacional teriam por fundamento a “consciência jurídica dos povos”, que resultaria da vida internacional e social, e que seria expressa por resoluções de assembleias diplomáticas, em especial as das Nações Unidas e decisões da CIJ<sup>168</sup>.

Nesse sentido, cabe mencionar também a teoria objetivista da formação espontânea das normas consuetudinárias, que se oporia à teoria voluntarista, como bem distingue Pierre-

---

<sup>164</sup> Ver: CIJ, “*Jurisdictional Immunities of the State*” (Alemanha v. Itália com a intervenção da Grécia), Julgamento de 03 de fevereiro de 2012, voto dissidente do juiz Cançado Trindade, parágrafos 172 a 183.

<sup>165</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2ª ed. revista e atualizada. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017. p. 447 a 454.

<sup>166</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2015. p. 82.

<sup>167</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Edições Almedina, 3ª edição, 2008, p. 165 e 166.

<sup>168</sup> CIJ, “*Fisheries case*” (Reino Unido e Noruega), Voto Individual do juiz Alejandro Álvarez, 18 de dezembro de 1951, p. 36 a 38.

Marie Dupuy<sup>169</sup>. Conforme Francisco Ferreira de Almeida, a doutrina objetivista entende o surgimento do costume internacional como "*um fenômeno sociológico (...) explicável em virtude de determinadas necessidades – lógicas, sociais, ou outras – que justamente, impulsionam o processo costumeiro*". As normas costumeiras refletiriam, em dado momento, e quanto a certo problema concreto "*o equilíbrio das diversas forças internacionais em presença; reflectem, por outras palavras, a avaliação prévia que pelos sujeitos de Direito Internacional foi feita acerca das necessidades sociais, lógicas, etc., que subjazem àquelas normas*". O costume resultaria de uma "*tomada de consciência jurídica colectiva*", não necessariamente unânime, das referidas necessidades, que incita ou induz os atores internacionais a agirem de determinada forma<sup>170</sup>.

Cabe destacar também a contribuição de Brian Leppard, que defende que a identificação e interpretação das normas costumeiras internacionais deve ser orientada por princípios éticos fundamentais. Este conjunto de princípios já teriam sido endossados direta ou indiretamente pelos Estados em documentos legais como a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e estariam logicamente relacionados a um princípio ético básico, da unidade na diversidade ("Unity in diversity"). Segundo este princípio básico, todos os Estados e povos devem se unir em uma comunidade internacional e de indivíduos, formando uma só família humana, ao mesmo tempo em que há o respeito pelas diferenças e identidades das diferentes comunidades e indivíduos. Outros princípios éticos fundamentais, e que possuem relação com o princípio da unidade na diversidade, seriam o respeito pela dignidade humana e pelos direitos humanos; significativa autonomia estatal, limitada pelo respeito aos direitos humanos; o dever de punir crimes internacionais; a obrigação de honrar os tratados, dentre outros. Tais princípios não teriam fundamento meramente moral, mas teriam sido incorporados em documentos legais de ampla aceitação na comunidade internacional<sup>171</sup>.

Leppard argumenta que estes princípios éticos fundamentais podem nos auxiliar na identificação de normas consuetudinárias internacionais gerando certas presunções: caso a

---

<sup>169</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 9ª edição, 2008. p. 346 e 347.

<sup>170</sup> ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. p. 162 e 163.

<sup>171</sup> LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*. p.77 a 94. Ver também: LEPARD, Brian D. *Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law*. In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 233-265.

norma que se pretende costumeira tiver um impacto direto e significativo em princípios éticos fundamentais, positivo ou negativo, este impacto pode nos levar a presumir que os Estados apoiam ou desaprovam a implementação da norma, quando não estiver clara ou bem definida a *opinio iuris* da comunidade internacional. Esta presunção tem por base o amplo apoio retórico da comunidade de Estados aos princípios éticos fundamentais. Caso uma norma que se pretende costumeira seja contrária a um princípio ético fundamental, ela em geral não deve ser reconhecida. Leopard admite, no entanto, que caso a comunidade dos Estados apoie de forma inequívoca e quase unânime uma norma costumeira que contrarie algum princípio ético fundamental, deve-se reconhecer esta norma, em respeito à vontade dos Estados, ainda que a consideremos como antiética. Isto se deve ao limite que deve haver entre o Direito e a Ética, como já foi destacado pela própria CIJ nos casos "*South West Africa*"<sup>172</sup>.

Outra perspectiva inovadora recentemente desenvolvida sobre o direito costumeiro internacional é a chamada doutrina pós-moderna de B.S. Chimni. Em artigo de 2018 intitulado "*Customary International Law: A Third World Perspective*", B.S. Chimni apresenta os fundamentos para a construção de uma doutrina pós-moderna do direito costumeiro internacional, baseada na razão deliberativa, e não mais simplesmente na coordenação de vontades dos Estados.

Tal doutrina teria por princípio formas de conduta reciprocamente orientadas, que adquirem significado a partir da prática de apresentarem-se argumentos e contra-argumentos. Se daria maior importância ao elemento discursivo da formação do costume, que teria por fundamento a força argumentativa e a razoabilidade das reivindicações apresentadas por atores estatais e não estatais. Nesse sentido, o enfoque na razão deliberativa deve ser visto como um ideal procedimental no processo de formação do costume. Tal doutrina pós-moderna teria duas dimensões, uma negativa e uma positiva: a dimensão negativa seria um certo ceticismo quanto a reivindicações de formação de costume que não

---

<sup>172</sup> LEPARD. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*. p. 140 a 142. Para a passagem relevante do julgamento da CIJ, ver CIJ, "*South West Africa cases*" (África do Sul v. Etiópia e Libéria), Julgamento de 18 de julho de 1966, parágrafo 49: "*Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered*".

recebessem o apoio de uma maioria de Estados mais fracos, atores não estatais e da sociedade global como um todo; a dimensão positiva seria a maior importância dada a prática de atores não estatais na determinação do costume<sup>173</sup>.

A doutrina pós-moderna veria resoluções de organismos internacionais qualificadas, isto é, que sejam fruto de extensas negociações, amplo consenso e clara articulação, como uma fonte *prima facie* de normas de Direito Consuetudinário, uma vez que resultam de um processo de razão deliberativa<sup>174</sup>.

Nesse sentido, B.S. Chimni utiliza como base para sua doutrina os postulados teóricos de Gerald J. Postema sobre a formação do costume. Em seu artigo "*Custom, Normative Practice and the Law*", Postema defende que o costume deve ser entendido como estando incorporado em práticas discursivas normativas entre participantes de redes de interação deliberativa interdependentes. Em passagem citada por Chimni, Postema afirma que os costumes legalmente relevantes são formas de conduta reciprocamente orientada que adquirem sentido a partir da prática de oferecer razões, contra-argumentos e respostas ("*Legally relevant customs are forms of reciprocally oriented conduct that takes its meaning from a practice of offering claims and counterclaims, challenges and responses*"). A característica fundamental do costume não seria a adição da *opinio iuris* à prática, mas sim a integração de conduta significativa em uma rede de razões e argumentos<sup>175</sup>.

Em que pese a argúcia destas novas perspectivas propostas, verifica-se que se tratam de vozes ainda dissonantes na doutrina. A visão dominante do Direito Internacional (e a que é adotada pela maioria dos juízes da Corte Internacional de Justiça) parece ainda ter por fundamento o consentimento estatal (geral e não individual, ressalte-se). Essas novas perspectivas podem servir, no entanto, para apontar novos caminhos que o Direito Internacional pode vir a trilhar no futuro, com uma reformulação dos próprios pressupostos tradicionais da identificação do costume internacional. Como vimos, nestes novos paradigmas do direito costumeiro internacional, as resoluções da Assembleia Geral da ONU

---

<sup>173</sup> CHIMNI, B.S. *Customary International Law: A Third World Perspective*. Ver p. 38.

<sup>174</sup> *Ibid.*, ver p. 41 e 42.

<sup>175</sup> POSTEMA, Gerald J. *Custom, Normative Practice, and the Law*. *Duke Law Journal*, Vol. 62, 2012, pp. 707-738.



adquirem um papel ainda mais proeminente do que o que já desempenham dentro do paradigma tradicional.

## 5. Conclusão

Em sua obra sobre a história da Organização das Nações Unidas, intitulada "*O Parlamento do Homem*", Paul Kennedy reflete sobre o otimista poema futurista de Alfred Tennyson, "*Locksley Hall*", de 1837, no qual as nações do mundo, apercebendo-se do potencial destrutivo da guerra, reúnem-se em um "*Parlamento do Homem, na Federação do mundo*", onde o bom senso da maioria prevalece e a "*bondosa terra, envolta na lei universal*" adornece. Paul Kennedy faz considerações pertinentes sobre os sucessos e erros da Organização, avaliando que, ao passo que ela não corresponde às expectativas utópicas de diversos pensadores liberais e cosmopolitas, ela também não fracassou totalmente em suas missões institucionais como muitos de seus críticos querem fazer crer. Ao fim, o autor conclui que o mundo com certeza está melhor com as Nações Unidas do que sem elas<sup>176</sup>.

Nos valem também das estrofes de Alfred Tennyson para refletir sobre o papel das Nações Unidas nas relações internacionais, mas sobre outro enfoque: não sobre o sucesso ou fracasso dos projetos da organização mundial ao longo da história, mas sobre a sua importância no desenvolvimento do direito internacional, mais especificamente do direito costumeiro internacional. O objeto de nosso estudo é o papel da Assembleia Geral das Nações Unidas na formação do costume internacional, se esta de fato assume um papel quase legislativo, produzindo normas jurídicas internacionais costumeiras: um Parlamento do Homem, em que o bom senso da maioria produz uma lei universal?

Ainda que não se chegue a esse ponto, é certo que, em certas circunstâncias específicas, a Assembleia Geral pode contribuir para a criação de normas costumeiras, formando costume internacional de forma imediata, bastando uma única resolução, como reconhecido pela própria Corte Internacional de Justiça. Esta perspectiva se embasa no que já foi denominada de abordagem moderna do costume internacional, que dá maior enfoque à expressão da aceitação dos Estados de que determinada conduta deve ser juridicamente aceita ou não do que à prática de atos concretos no processo de formação de costume.

O costume internacional, ao invés de cair na irrelevância com a multiplicação de tratados multilaterais no último século, mantém seu papel central no Direito Internacional

---

<sup>176</sup> KENNEDY, Paul. *O Parlamento do Homem: História das Nações Unidas*. Tradução para o português de Artur Sousa. Lisboa: Edições 70, 2009. Ver mais especificamente pp. 307-316.

atual, regulando áreas cruciais das relações entre Estados. De um processo lento, dominado por algumas potências ocidentais, a formação do costume é atualmente dinâmica e plural, de forma a se compatibilizar com as demandas das relações internacionais contemporâneas. Nesse sentido, a Assembleia Geral revela-se como um meio privilegiado para a formação de normas costumeiras, ao reunir em um mesmo ambiente a quase totalidade da comunidade de Estados, franqueando-lhes a possibilidade de expressarem sua *opinio iuris*, sua convicção de juridicidade, sobre os temas mais prementes do cenário internacional. Além de permitir que as vozes de todos os Estados sejam ouvidas na criação do costume, as resoluções da Assembleia Geral ainda permitem definir com maior segurança o conteúdo da norma costumeira, e também o momento em que esta passou a existir (ponto de extrema importância, como vimos ao analisar a Opinião Consultiva sobre o Arquipélago Chagos da Corte Mundial).

Assim, a análise dos requisitos para que uma dada resolução da Assembleia Geral contribua para a formação do costume, com base na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, revela-se de grande utilidade, tendo-se em conta a importância que as normas costumeiras têm no Direito Internacional contemporâneo e o fato de que cada vez mais os atores internacionais se valem de resoluções para identificar o costume aplicável.

Feitas estas considerações, podemos sintetizar as conclusões do presente trabalho da seguinte forma:

- 1) O direito costumeiro internacional se forma quando a comunidade internacional expressar a convicção de que determinado comportamento (ação ou inação) deve ser juridicamente obrigatório (*opinio iuris*);
- 2) A prática estatal consistente e geral pode servir para evidenciar e corroborar tal convicção, mas não é suficiente por si só para gerar costume internacional, e pode ser dispensada, quando a *opinio iuris* for manifestada de maneira inequívoca, como por meio de resoluções de organismos internacionais com linguagem normativa;
- 3) A Corte Internacional de Justiça reconhece que, em certas circunstâncias, uma resolução da Assembleia Geral da ONU pode constituir, ao mesmo tempo, *opinio iuris* e prática estatal suficientes para a formação de uma norma costumeira;

4) Os critérios estabelecidos pela Corte Mundial para verificar se uma dada resolução contribui para a formação do costume são: i) conteúdo da resolução; ii) condições de aprovação da resolução; iii) realidade da *opinio iuris*; iv) repetição das resoluções;

5) O critério do conteúdo da resolução indica que, para contribuir para a formação do Direito Costumeiro Internacional, o documento deve ter conteúdo normativo, estando redigido em termos legalmente vinculantes;

6) O critério das condições de aprovação refere-se ao número de votos afirmativos, contrários e abstenções na votação de determinada resolução, assim como a representatividade da maioria de Estados que a aprovaram;

7) O critério da realidade da *opinio iuris* diz respeito a circunstância de que os Estados que aprovaram a resolução devem ter, ao votarem favoravelmente, a convicção de que o conteúdo da resolução tem valor jurídico normativo. Tal convicção é presumida pela utilização de linguagem vinculante na redação da resolução, mas esta presunção pode ser afastada caso os Estados Membros expressamente indiquem, quando da sua aprovação, que a resolução não pretende produzir efeitos jurídicos;

8) O critério da repetição aponta que séries de resoluções da Assembleia Geral podem indicar uma evolução em determinada *opinio iuris*, revelando uma possível mudança na convicção dos Estados quanto à juridicidade de determinado comportamento. A repetição, no entanto, não seria um requisito para a expressão de *opinio iuris*, que pode se dar por meio de uma única resolução;

9) Para a formação do costume internacional geral não é necessário que todos os Estados aceitem determinada regra costumeira para que o costume se constitua. Basta que uma parcela ampla da comunidade internacional apoie a formação da norma costumeira. Os Estados recalcitrantes podem se eximir de se submeterem à norma objetando de forma persistente a ela durante o seu processo de formação, desde que não se trate de uma norma de *ius cogens*;

10) Na maioria dos casos, a comunidade internacional como um todo é igualmente impactada pelo conteúdo das normas costumeiras, não sendo aplicável a doutrina dos Estados cujos interesses são especialmente afetados. A questão da participação necessária no processo de formação do costume é quantitativa, com a condição de que o grupo de Estados que apoia a norma emergente deve ser representativo e plural;

11) No entanto, há alguns casos específicos em que a doutrina dos Estados cujos interesses são especialmente afetados ainda é aplicável. Nesses casos, é necessário verificar, adicionalmente, o apoio de uma maioria simples dos Estados especialmente interessados;

12) Assim, não é necessário que a resolução seja aprovada por unanimidade ou consenso para que se produza uma norma costumeira, bastando o apoio por uma maioria representativa. No entanto, a Corte Internacional de Justiça parece adotar uma postura cautelosa, reconhecendo o costume apenas a partir de resoluções que receberam um apoio maciço;

13) As resoluções da Assembleia Geral da ONU desempenham um papel crucial no processo de formação do costume internacional moderno, sendo salutar a iniciativa da Corte Mundial de esclarecer os requisitos para que tal fenômeno ocorra.

## BIBLIOGRAFIA

AKEHURST, Michael. *Custom as a Source of International Law*. British Yearbook of International Law, Volume 47, edição 1, 1975, pp. 1–53.

AKEHURST, Michael. *Introdução ao Direito Internacional*. Tradução para o português de Fernando Ruivo. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

ALLEN, Stephen. *Self-determination, the Chagos Advisory Opinion and the Chagossians*. International and Comparative Law Quarterly, Volume 69, edição 1, janeiro de 2020.

ALLEN, Stephen. *The Chagos Islanders and International Law*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2014.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2003.

ASAMOAH, Obed. *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. Haia: Martinus Nijhoff, 1966.

BAXTER, Richard Reeve. *Treaties and Custom*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 129 (1970), publicado em 1971.

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

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2ª ed. revista e atualizada. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2017.

CHARLESWORTH, H.C.M. *Customary International Law and the Nicaragua Case*. Australian Year Book of International Law (1984–87) 1.

CHENG, Bin. *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?* In: CHENG, Bin. *Studies in International Space Law*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1997, pp. 125-149.

CHIMNI, B.S. *Customary International Law: A Third World Perspective*. American Journal of International Law. Vol. 112(1), janeiro de 2018. p. 1-46.

CLARK, Roger S. *Treaty and Custom*. In: DE CHAZOURNES, Laurence Boisson e SANDS, Philippe (eds.). *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 171-180.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DAHLMAN, Christian. *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*. Nordic Journal of International Law 81 (2012), pp. 327-339.

D'AMATO, Anthony. *The Concept of Special Custom in International Law*. American Journal of International Law 63 (1969), pp. 211-223.

DEPLANO, Rossana. *The riddle of custom: General Assembly resolutions*. In: DROUBI, Sufyan e D'ASPREMONT, Jean (eds). *International organisations, non-State actors, and the formation of customary international law*. Manchester: Manchester University Press, 2020, pp. 460-496.

DINSTEIN, Yoram. *The Interaction between Customary International Law and Treaties*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 322 (2006), publicado em 2007.

DONAGHUE, Stephen. *Normative Habits, Genuine Beliefs and Evolving Law: Nicaragua and the Theory of Customary International Law*. Australian Yearbook of International Law, Volume 16, 1995, p. 327-344.

DUPUY, René-Jean. *Coutume Sage et Coutume Sauvage*. In : *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*. Paris: Pedone, 1974, pp. 75-87.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 9ª edição, 2008.

ERICKSON, Richard J. *Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law*. Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 7 de 1975, pp. 148-168.

FITZMAURICE, Malgosia. *Customary Law, General Principles, Unilateral Acts*. In: SOBENES OBREGON, Edgardo e SAMSON, Benjamin (eds.). *Nicaragua Before the International Court of Justice*. Cham: Springer Publishing, 2017, pp. 247–267.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira e YIP, César. *Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass*. Chinese Journal of International Law. Volume 16, edição 2, junho de 2017. p. 251-270.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique. Tome Premier*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2ª edição, 1919.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Edições Almedina, 3ª edição, 2008.

GUZMAN, Andrew T. *Saving Customary International Law*. Michigan Journal of International Law, vol. 27, 2005, pp. 115-176.

HELLER, Kevin Jon. *Specially-Affected States and the Formation of Custom*. Amsterdam Center for International Law No. 2017-30.

HENCKAERTS, Jean-Marie. *Customary International Humanitarian Law: a response to US comments*. International Review of the Red Cross, Volume 89, Número 866, Junho de 2007, pp. 473-488.

KENNEDY, Paul. *O Parlamento do Homem: História das Nações Unidas*. Tradução para o português de Artur Sousa. Lisboa: Edições 70, 2009.

KIRGIS, Frederic L. *Custom on a Sliding Scale*. American Journal of International Law, volume 81, no. 1, (Jan. de 1987), pp. 146-151.

LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a New Theory with Practical Applications*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.



LEPARD, Brian D. *Introduction: Why Does Customary International Law Need Reexamining?* In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 1-44.

LEPARD, Brian D. *Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law*. In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 233-265.

LOSCHIN, Lynn. *The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*. 2 U.C. Davis Journal of International Law and Policy 148 (1996).

MENDELSON, Maurice. *The International Court of Justice and the sources of international law*. In: LOWE, Vaughan e FITZMAURICE, Malgosia (eds.). *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 63-89.

NAVAID, Adil. *International Law, Sovereignty and Specially Affected States*. University of Liverpool Law Review, Volume 6, 2020, pp 15-26.

ÖBERG, Marko Diva. *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*. European Journal of International Law, Volume 16, edição 5, novembro de 2005, pp. 879–906.

OPPENHEIM, Lassa Francis. *International Law - A Treatise, Vol. 1: Peace*. 2<sup>a</sup> ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1912.

PETERSEN, Niels. *The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law*. In: LEPARD, Brian D. (ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 111-130.

POSTEMA, Gerald J. *Custom, Normative Practice, and the Law*. Duke Law Journal, Vol. 62, 2012, pp. 707-738.

PRICE, Richard. *Emerging Customary Norms and Anti-Personnel Landmines*. In: REUS-SMIT, Christian (ed). *The Politics of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 106-130

ROBERTS, Anthea Elizabeth. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*. The American Journal of International Law, vol. 95, no. 4, 2001, pp. 757–791.

ROLDÁN BARBERO, Javier. *El Valor Jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86*. Revista Española de Derecho Internacional, vol. 42, no. 1, 1990, pp. 81–99.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Tradução de Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2015.

SCHARF, Michael P. *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

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

SUMMERS, James. *Chagos, Custom and the Interpretation of UN General Assembly Resolutions*. In: BURRI, Thomas e TRINIDAD, Jaime (eds.). *The International Court of Justice and Decolonization: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 9-40.

TOMUSCHAT, Christian. *Obligations Arising for States without or against Their Will*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 241 (1993), publicado em 1994.

TUNKIN, Grigory Ivanovich. *Theory of International Law*. Tradução para o inglês de William E. Butler. Cambridge: Harvard University Press, reedição de 2013.

VILLIGER, Mark E. *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

WEIL, Prosper. *Le Droit International En Quête de Son Identité*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 237 (1992), publicado em 1996.

WOLFKE, Karol. *Custom in Present International Law*. Breslávia: Travaux de la Societé des Sciences et des Lettres de Wroclaw, 1964.

## JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

CIDH, “*Michael Domingues contra Estados Unidos da América*”, Caso nº 12.285, Relatório nº 62/02 de 22 de outubro de 2002;

CIJ, “*Asylum Case*” (Colômbia v. Peru), Julgamento de 20 de novembro de 1950;

CIJ, “*Fisheries case*” (Reino Unido v. Noruega), Julgamento de 18 de dezembro de 1951;

CIJ, “*Right of Passage over Indian Territory*” (Portugal v. Índia), Julgamento de Mérito, 12 de abril de 1960;

CIJ, “*South West Africa cases*” (África do Sul v. Etiópia e Libéria), Julgamento de 18 de julho de 1966;

CIJ, “*North Sea Continental Shelf Cases*” (República Federal da Alemanha v. Dinamarca e Países Baixos), Julgamento de 20 de fevereiro de 1969;

CIJ, “*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*”, Opinião Consultiva, 21 de junho de 1971;

CIJ, “*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*” (Nicarágua v. Estados Unidos), Julgamento de Mérito, 27 de junho de 1986;

CIJ, “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”, Opinião Consultiva, 8 de julho de 1996;

CIJ, “*Jurisdictional Immunities of the State*” (Alemanha v. Itália com a intervenção da Grécia), Julgamento de 03 de fevereiro de 2012;

CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Índia), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento, 5 de outubro de 2016;

CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Objeções Preliminares, Julgamento, 5 de outubro de 2016;

CIJ, “*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*” (Ilhas Marshall v. Paquistão), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento, 5 de outubro de 2016;

CIJ, “*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*”, Opinião Consultiva, 25 de fevereiro de 2019;

CPJI, “*S.S. Lotus Case*” (França v. Turquia), Julgamento, 7 de setembro de 1927;

“*Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*”, Decisão Arbitral de Mérito, 19 de janeiro de 1977;

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

ADI. *Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law*, 2000.

AGNU. Resolução nº 637 (VII) de 16 de dezembro de 1952.

AGNU. Resolução nº 738 (VIII) de 28 de novembro de 1953.

AGNU. Resolução nº 1188 (XII) de 11 de dezembro de 1957.

AGNU. Resolução nº 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960.

AGNU. Resolução nº 1653 (XVI) de 24 de novembro de 1961.

AGNU. Resolução nº 2066 (XX) de 16 de dezembro de 1965.

AGNU. Resolução nº 2.131 (XX) de 21 de dezembro de 1965.

AGNU. Resolução nº 2.232 (XXI) de 20 de dezembro de 1966.

AGNU. Resolução nº 2357 (XXII) de 19 de dezembro de 1967.

AGNU. Resolução nº 2.625 (XXV) de 24 de outubro de 1970.

AGNU. Resolução nº 2934 de 29 de novembro de 1972.

AGNU. Resolução nº 2936 de 29 de novembro de 1972.

AGNU. Resolução nº 3078 de 06 de dezembro de 1973.

AGNU. Resolução nº 3257 de 09 de dezembro de 1974.

AGNU. Resolução nº 3.314 (XXIX) de 14 de dezembro de 1974.

AGNU. Resolução nº 3466 de 11 de dezembro de 1975.

AGNU. Resolução nº 3478 de 11 de dezembro de 1975.

AGNU. Resolução nº 31/66 de 10 de dezembro de 1976.

AGNU. Resolução nº 32/78 de 12 de dezembro de 1977.

AGNU. Resolução nº 33/71 de 14 de dezembro de 1978.

AGNU. Resolução nº 33/72 de 14 de dezembro de 1978.

AGNU. Resolução nº 33/91 de 16 de dezembro de 1978.

AGNU. Resolução nº 34/83 de 11 de dezembro de 1979.

AGNU. Resolução nº 34/84 de 11 de dezembro de 1979.

AGNU. Resolução nº 34/85 de 11 de dezembro de 1979.

AGNU. Resolução nº 34/86 de 11 de dezembro de 1979.

AGNU. Resolução nº 35/152 de 12 de dezembro de 1980.

AGNU. Resolução nº 35/155 de 12 de dezembro de 1980.

AGNU. Resolução nº 35/156 de 12 de dezembro de 1980.

AGNU. Resolução nº 36/81 de 09 de dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 36/84 de 09 de dezembro 1981.

AGNU. Resolução nº 36/92 de 09 de dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 36/94 de 09 de dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 36/95 de 09 de dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 36/97 de 09 dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 36/100 de 09 de dezembro de 1981.

AGNU. Resolução nº 37/100 C de 09 de dezembro de 1982.

AGNU. Resolução nº 37/100 A de 13 de dezembro de 1982.

AGNU. Resolução nº 38/73 E de 15 de dezembro de 1983.

AGNU. Resolução nº 38/73 G de 15 de dezembro de 1983.

AGNU. Resolução nº 39/63 C de 12 de dezembro de 1984.

AGNU. Resolução nº 39/63 H de 12 de dezembro de 1984.

AGNU. Resolução nº 40/151 C de 16 de dezembro de 1985.

AGNU. Resolução nº 40/151 F de 16 de dezembro de 1985.

AGNU. Resolução nº 41/60 E de 03 de dezembro de 1986.

AGNU. Resolução nº 41/60 F de 03 de dezembro de 1986.

AGNU. Resolução nº 42/39 B de 30 de novembro de 1987.

AGNU. Resolução nº 42/39 C de 30 de novembro de 1987.

AGNU. Resolução nº 43/76 B de 07 de dezembro de 1988.

AGNU. Resolução nº 43/76 E de 07 de dezembro de 1988.

AGNU. Resolução nº 44/117 C de 15 de dezembro de 1989.

AGNU. Resolução nº 44/117 D de 15 de dezembro de 1989.

AGNU. Resolução nº 45/59 B de 04 de dezembro de 1990.

AGNU. Resolução nº 45/59 D de 04 de dezembro de 1990.

AGNU. Resolução nº 46/37 C de 06 de dezembro de 1991.

AGNU. Resolução nº 46/37 D de 6 de dezembro de 1991.

AGNU. Resolução nº 47/53 C de 09 de dezembro de 1992.

AGNU. Resolução nº 47/53 E de 09 de dezembro de 1992.

AGNU. Resolução nº 48/76 B de 16 de dezembro de 1993.

AGNU. Resolução nº 49/76 E de 15 de dezembro de 1994

AGNU. Resolução nº 49/75 K de 15 de dezembro de 1994.

AGNU. Resolução nº 50/71 E de 12 de dezembro de 1995.

AGNU. Resolução nº 51/46 D de 10 de dezembro de 1996.

AGNU. Resolução nº 52/39 C de 09 de dezembro de 1997.

AGNU. Resolução nº 52/38 de 8 de janeiro de 1998.

AGNU. Resolução nº 53/78 D de 04 de dezembro de 1998.



AGNU. Resolução nº 53/77 de 12 de janeiro de 1999.

AGNU. Resolução nº 54/55 D de 01 de dezembro de 1999.

AGNU. Resolução nº 54/54 de 10 de janeiro de 2000.

AGNU. Resolução nº 55/34 G de 20 de novembro de 2000.

AGNU. Resolução nº 55/33 de 12 de janeiro de 2001.

AGNU. Resolução nº 56/25 B de 29 de novembro de 2001.

AGNU. Resolução nº 56/24 de 10 de janeiro de 2002.

AGNU. Resolução nº 57/94 de 22 de novembro de 2002.

AGNU. Resolução nº 57/85 de 9 de janeiro de 2003.

AGNU. Resolução nº 58/64 de 08 de dezembro de 2003.

AGNU. Resolução nº 58/46 de 08 de janeiro de 2004.

AGNU. Resolução nº 59/102 de 03 de dezembro de 2004.

AGNU. Resolução nº 59/83 de 16 de dezembro de 2004.

AGNU. Resolução nº 60/88 de 08 de dezembro de 2005.

AGNU. Resolução nº 60/76 de 11 de janeiro de 2006.

AGNU. Resolução nº 61/97 de 06 de dezembro de 2006.

AGNU. Resolução nº 61/83 de 18 de dezembro de 2006.

AGNU. Resolução nº 62/51 de 05 de dezembro de 2007.

AGNU. Resolução nº 63/75 de 02 de fevereiro de 2008.

AGNU. Resolução nº 62/39 de 8 de janeiro de 2008.

AGNU. Resolução nº 63/49 de 12 de janeiro de 2009.

AGNU. Resolução nº 64/59 de 02 de dezembro de 2009.

AGNU. Resolução nº 64/55 de 12 de janeiro de 2010.

AGNU. Resolução nº 65/80 de dezembro de 2010.

AGNU. Resolução nº 65/76 de 13 de janeiro de 2011.

AGNU. Resolução nº 66/57 de 02 de dezembro de 2011.

AGNU. Resolução nº 66/46 de 12 de janeiro de 2012.

AGNU. Resolução nº 67/64 de 03 de dezembro de 2012.

AGNU. Resolução nº 67/33 de 04 de janeiro de 2013.

AGNU. Resolução nº 68/58 de 05 de dezembro de 2013.

AGNU. Resolução nº 68/42 de 10 de dezembro de 2013.

AGNU. Resolução nº 69/69 de 02 de dezembro de 2014.

AGNU. Resolução nº 69/43 de 11 de dezembro de 2014.

AGNU. Resolução nº 70/62 de 07 de dezembro de 2015.

AGNU. Resolução nº 70/56 de 11 de dezembro de 2015.

AGNU. Resolução nº 71/58 de 13 de dezembro de 2016.

AGNU. Resolução nº 71/292 de 22 de junho de 2017.

AGNU. Resolução nº 72/58 de 13 de dezembro de 2017.

AGNU. Resolução nº 73/64 de 13 de dezembro de 2018.

CDINU. *Report of the International Law Commission Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July– 8 August 2014)*, 2014.

CDINU. *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, 2018.

CDINU. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens)*, 71a sessão, A/CN.4/L.936, 2019.

CSNU. Resolução nº 23500 de 31 de janeiro de 1992.

CSNU. Resolução nº 984 de 11 de abril de 1995.

CSNU. Resolução nº 1540 de 28 de abril de 2004.

CSNU. Resolução nº 1673 de 27 de abril de 2006.

CSNU. Resolução nº 1810 de 25 de abril de 2008.

CSNU. Resolução nº 1887 de 24 de setembro de 2009.