

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

**AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO INTERNACIONAL
CONSUECUDINÁRIO**

Flávia Resende Ferreira e Melo

Belo Horizonte

2022

Flávia Resende Ferreira e Melo

**AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO INTERNACIONAL
CONSUECUDINÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: Direito Internacional Contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Roberto Luiz Silva

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

M528p Melo, Flávia Resende Ferreira e

As perspectivas contemporâneas do direito internacional
consuetudinário [manuscrito] / Flávia Resende Ferreira e Melo.

-- 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito consuetudinário internacional. 2. Tribunais
internacionais. 3. Globalização - Teses. 4. Arbitragem
internacional. I. Silva, Roberto Luiz - 1964-. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA FLÁVIA RESENDE FERREIRA E MELO

Realizou-se, no dia 12 de dezembro de 2022, às 15:00 horas, por meio de plataforma digital, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *As Perspectivas Contemporâneas do Direito Internacional Consuetudinário*, apresentada por FLÁVIA RESENDE FERREIRA E MELO, número de registro 2020652468, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Roberto Luiz Silva - Orientador (UFMG), Prof(a). Aziz Tuffi Saliba (DIR/UFMG) (UFMG), Prof(a). Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

() Aprovada, tendo obtido a nota 80,0.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2022.

Prof(a). Roberto Luiz Silva (Doutor) Nota 80,0.

Prof(a). Aziz Tuffi Saliba (DIR/UFMG) (Doutor) Nota 80,0.

Prof(a). Jamile Bergamaschine Mata Diz (Doutora) Nota 80,0.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado a perseverança para alcançar os meus objetivos.

Ao meu pai, que em tão pouco tempo de vida, me deixou importantes valores. À minha mãe, pelo exemplo de dedicação e integridade.

Ao meu orientador, prof. Roberto Luiz Silva, pela grande oportunidade de aprender e aprofundar os meus conhecimentos em Direito Internacional.

Ao prof. Aziz Tuffi Saliba, pelo apoio e por todas as aulas de Direito Internacional que pude participar, que foram de fundamental importância para a realização do mestrado.

À profa. Jamile Bergamaschine Mata Diz, pelos meus conhecimentos sobre a União Europeia.

Ao prof. Lucas Carlos Lima, pelo aprendizado e incentivo ao mestrado.

Ao meu querido amigo e grande companheiro da academia, Thiago Ferreira Almeida, por toda atenção e pelas considerações com os meus trabalhos.

A todos os colegas, amigos e familiares que me apoiaram durante essa jornada.

“The slow growth of international custom has been compared to the gradual formation of a road across vacant land. To begin with, the tracks are many and uncertain, scarcely visible on the ground. Then most users, for some reason of common utility, follow the same line; a single path becomes clear, which in turn gives place to a road henceforth recognized as the only regular way, though it is impossible to say at what precise moment the latter change took place.”

(Charles de Visscher)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as perspectivas contemporâneas do Direito Internacional Consuetudinário. A questão central deste estudo baseia-se na construção de uma doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário de modo que responda às modificações da sociedade internacional do século XXI, permanecendo como uma importante fonte do Direito Internacional. Para tanto, a pesquisa inicia-se com uma investigação histórico-jurídica, contextualizando o entendimento das normas costumeiras desde o período medieval até a atualidade. Diante da análise histórica, constata-se que o costume internacional sempre foi utilizado como uma forma de legitimar a dominação e os interesses dos países mais desenvolvidos na sociedade internacional. Além disso, objetiva-se examinar, por meio de uma investigação jurídico-comparativa, o papel da Corte Internacional de Justiça, dos tribunais penais internacionais, dos tribunais arbitrais e cortes domésticas em relação à identificação e desenvolvimento das normas consuetudinárias. As abordagens contemporâneas dessas normas englobam a avaliação da inter-relação dos seus elementos constitutivos da prática estatal e *opinio juris* e a contribuição dos países terceiro-mundistas para o estabelecimento de normas mais inclusivas na ordem jurídica internacional. Ademais, pretende-se identificar, por meio de uma investigação jurídico-descritiva, os desafios do Direito Internacional Consuetudinário dentro do contexto da Nova Ordem Internacional marcada pela globalização e maior cooperação interestatal, além da crescente participação de outros atores, como organizações internacionais, organizações não governamentais, indivíduos, grupos armados não estatais e corporações transnacionais. E, ao final, identifica-se a construção de uma doutrina pós-moderna baseada nas razões deliberativas de atores estatais e não estatais, na *opinio juris communis*, levando em conta os interesses comuns da humanidade, nas resoluções das organizações internacionais e na participação da sociedade civil internacional. Dessa forma, o presente trabalho possui um objetivo propositivo ao delinear as principais contribuições jurisprudenciais e doutrinárias para o estabelecimento de normas consuetudinárias que reflitam maior participação da sociedade internacional contemporânea.

Palavras-Chave: costume internacional; Direito Internacional Consuetudinário; prática estatal; *opinio juris*; cortes e tribunais internacionais; cortes domésticas; doutrina pós-moderna.

ABSTRACT

This study aims to analyze the contemporary perspectives of Customary International Law. The central question of this study is based on the construction of a post-modern doctrine of Customary International Law in order to respond to the modifications of the XXI century international society, remaining as an important source of International Law. For this purpose, the research begins with a historical-legal investigation, contextualizing the understanding of the customary norms since the medieval period until the present time. Considering the historical analysis, it is ascertained that the international custom has always been used as a way to legitimize the domination and the interests of the more developed countries in the international society. Furthermore, it is aimed to examine, through a comparative-legal investigation, the role of the International Court of Justice, international criminal courts, arbitral tribunals and domestic courts in relation to the identification and development of the customary norms. The contemporary approaches of these norms englobe the evaluation of the interrelationship between the constitutive elements of state practice and *opinio juris* and the contribution of the third world countries to the establishment of more inclusive norms in the international legal order. Moreover, it is intended to identify, through a descriptive-legal investigation, the challenges of Customary International Law in the context of the New International Order marked by the globalization and a greater interstate cooperation, besides the increased participation of other actors, such as international organizations, nongovernmental organizations, individuals, non-state armed groups and transnational corporations. In the end, a construction of a post-modern doctrine is identified based on the deliberative reasons of state and non-state actors, on the *opinio juris communis*, considering the common interests of humankind, on the resolutions of the international organizations and the participation of the international civil society. Therefore, this work has an objective purpose to outline the main jurisprudential and doctrinal contributions to the establishment of customary norms that reflect a more extensive participation of the contemporary international society.

Keywords: international custom; Customary International Law; state practice; *opinio juris*; international courts and tribunals; domestic courts; post-modern doctrine.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Associação de Direito Internacional
ATS	Alien Tort Statute
BIT	Bilateral Investment Treaty
CDI	Comissão de Direito Internacional
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
DIC	Direito Internacional Consuetudinário
DIH	Direito Internacional Humanitário
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IN-LAW	Informal International Lawmaking
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional
NOI	Nova Ordem Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organização Não governamental
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TWAIL	Third World Approaches to International Law

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Aplicação direta do Direito Internacional Consuetudinário entre 1815 e 2013.....	68
---	-----------

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUECUDINÁRIO	14
2.1 De 1100 a 1500 – Idade Média	14
2.2 De 1500 a 1760 – Velho Colonialismo: Do Feudalismo ao Direito Internacional ..	17
2.3 De 1760 a 1875 - Novo Colonialismo	21
2.4 De 1875 a 1945 – Imperialismo	24
2.5 De 1945 a 1989 – Guerra Fria	27
2.6 De 1989 a atualidade – Imperialismo Global	35
3 A JURISPRUDÊNCIA DO COSTUME INTERNACIONAL NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E CORTES DOMÉSTICAS	41
3.1 A Corte Internacional de Justiça	42
3.2 Tribunais Penais Internacionais	47
3.3 Tribunais Arbitrais	62
3.4 Cortes Domésticas	68
4 AS ABORDAGENS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUECUDINÁRIO	81
4.1 Análise do costume tradicional e moderno	81
4.2 A abordagem terceiro-mundista do Direito Internacional Consuetudinário	94
5 OS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUECUDINÁRIO NO SÉCULO XXI	103
5.1 O costume na Nova Ordem Internacional	103
5.2 O surgimento de novos atores na sociedade internacional contemporânea	111
6 A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA PÓS-MODERNA DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUECUDINÁRIO	128
6.1 Elementos Constitutivos da Doutrina Pós-Moderna	128
6.2 Os reflexos na sociedade internacional contemporânea	134
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

1 INTRODUÇÃO

O costume internacional, assim como os tratados e os princípios gerais de Direito, constitui uma das principais fontes do Direito Internacional segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).¹ Anteriormente à proliferação dos tratados no século XX, o costume se apresentava como a fonte predominante na sociedade internacional. Entretanto, atualmente a relevância do costume é questionada, principalmente quando comparada aos tratados devido ao fato de serem escritos, mais precisos e consensuais em virtude da negociação e do seu processo de ratificação (BRADLEY, 2016, p. 1-2). Já o Direito Internacional Consuetudinário (DIC) está sujeito às diferentes abordagens em relação à formação dos seus dois elementos constitutivos da prática estatal e *opinio juris*, que se baseia na convicção da obrigatoriedade jurídica de determinada conduta. Além disso, o costume é considerado antidemocrático por representar a prática e *opinio juris* dos Estados desenvolvidos em detrimento de países terceiro-mundistas. Ademais, questiona-se a contribuição das organizações internacionais e atores não estatais quanto à formação e identificação das normas consuetudinárias e a própria importância do DIC frente à preferência dos Estados por métodos mais informais para a regulação da ordem jurídica internacional.

Não obstante as suas inúmeras críticas, o costume internacional continua a apresentar relevância na sociedade internacional (SENDER; WOOD, 2016, p. 360-361), como demonstrado pelo Projeto de Conclusões da Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) para a identificação do Direito Internacional Consuetudinário concluído em 2018 (UNITED NATIONS, 2018).

A presente dissertação, portanto, pretende analisar as perspectivas contemporâneas do Direito Internacional Consuetudinário frente às modificações da sociedade internacional e como tal fonte do Direito Internacional, dinâmica e flexível, pode responder aos desafios do século XXI e se adaptar de modo a incluir maior

¹ Art. 38.1. “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] b. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; [...]” BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

participação dos países do Terceiro Mundo, organizações internacionais e atores não estatais em relação à formação e identificação das suas normas.

O objetivo ao final é estabelecer uma doutrina pós-moderna do DIC mais inclusiva e democrática, apontando as falhas na sua atual concepção e estabelecendo outros elementos para a sua determinação de modo a complementá-la. A partir da análise histórica, das abordagens jurisprudenciais e doutrinárias, a doutrina pós-moderna é concebida baseando-se nas razões deliberativas dos Estados e atores não estatais. Além disso, o papel da *opinio juris communis* é ressaltado como a “consciência jurídica da humanidade” de forma a abranger os interesses comuns da sociedade internacional, tais como questões ambientais e humanitárias. Nesse sentido, as resoluções internacionais têm relevante importância quando baseadas na *opinio juris communis* dos Estados, na prática das organizações internacionais e na participação da sociedade civil.

Em relação à metodologia adotada (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 26-31), o estudo utilizou-se, primeiramente, de uma investigação histórico-jurídica, contextualizando o entendimento das normas costumeiras desde o período medieval até a atualidade, o que revelou a utilização do costume internacional como forma de legitimação da dominação dos países mais desenvolvidos na sociedade internacional. Em seguida, para a identificação das normas de Direito Internacional Consuetudinário pela Corte Internacional de Justiça, tribunais penais internacionais, tribunais arbitrais e cortes domésticas, foi realizada uma investigação jurídico-comparativa. Quanto às abordagens e desafios do DIC na sociedade contemporânea, utilizou-se da investigação jurídico-descritiva. E, por fim, para o estabelecimento da doutrina pós-moderna do DIC, a investigação jurídico-propositiva foi utilizada pela autora.

Desse modo, a dissertação se valeu de pesquisa em doutrina especializada, estudos da Comissão de Direito Internacional e da Associação de Direito Internacional, jurisprudência de cortes e tribunais domésticos e internacionais, convenções internacionais, resoluções de organizações internacionais, práticas governamentais, pronunciamentos oficiais dos Estados, estatutos de cortes e tribunais e instrumentos normativos internacionais.

Nesse sentido, o Capítulo 2 destina-se a traçar a evolução do entendimento do costume internacional desde a Idade Média (1100 a 1500), passando pelo período do Velho Colonialismo (1500 a 1760), que constitui o feudalismo e a formação do Direito Internacional; pelo Novo Colonialismo (1760 a 1875), baseado na expansão da colonização e ideologia europeia; pelo Imperialismo (1875 a 1945), constituído pela corrida imperial dos países europeus e Japão na busca de mercados em outros continentes; pela Guerra Fria (1945 a 1989), marcada pela bipolarização entre Estados Unidos e a União Soviética, ao período atual (pós-1989) marcado pelo fenômeno da globalização e a rápida circulação do capital financeiro.

Já o Capítulo 3 visa analisar a jurisprudência do Direito Internacional Consuetudinário pela Corte Internacional de Justiça, tribunais penais internacionais, tribunais arbitrais e cortes domésticas. Além disso, pretende-se identificar o papel dessas cortes e tribunais em relação à evolução das normas consuetudinárias.

O Capítulo 4 destina-se a tratar das abordagens contemporâneas do Direito Internacional Consuetudinário. Desse modo, serão analisados os diferentes posicionamentos teóricos entre o costume tradicional e moderno, além da abordagem terceiro-mundista do Direito Internacional (*Third World Approaches to International Law – TWAIL*).

Por sua vez, o capítulo 5 pretende delinear os desafios do Direito Internacional Consuetudinário no século XXI, em que há o surgimento de métodos mais informais, como o *informal international lawmaking* (IN-LAW) e a crescente participação de organizações internacionais e atores não estatais, como as organizações não governamentais, os indivíduos, os grupos armados não estatais e as corporações transnacionais.

O Capítulo 6 visa estabelecer a doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário e seus consequentes reflexos na sociedade internacional contemporânea.

Por fim, as Considerações Finais pretendem consolidar os posicionamentos apresentados neste trabalho e estabelecer, de modo a não exaurir futuros estudos, uma concepção mais inclusiva para o Direito Internacional Consuetudinário.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

2.1 De 1100 a 1500 – Idade Média

O surgimento dos costumes remonta à Antiguidade, originando as primeiras normas de Direito Internacional, provenientes das necessidades sociais de regulação das relações humanas (NIEMESCH, 2015, p. 80). As civilizações antigas baseavam as suas relações na prática consensual, mas ainda sem a natureza obrigatória e vinculante do costume (BEDERMAN, 2010, p. 4, 12).

No Direito Romano, o entendimento do costume como fonte do Direito pode ser extraído de instrumentos jurídicos escritos como os Institutos, o Digesto e o Código de Justiniano. Segundo Bederman (2010, p. 16-17), para os Institutos, o costume era considerado como lei não escrita, integrando-se ao Direito Positivo; já no Digesto seriam definidos seus dois elementos: - a prática reiterada e o consentimento tácito dos indivíduos, tornando-o, assim, obrigatório e vinculante. Por caracterizar-se por uma atitude pragmática, o jurista romano se orientava mais pela interpretação das suas normas jurídicas do que pela definição de um costume, não se interessando, desta forma, pela elaboração de um Direito Costumeiro, tal qual se realizara com o Código de Justiniano.

Assim, paulatinamente, as normas costumeiras eram modificadas conforme o desenvolvimento das sociedades existentes.² Com o advento da escrita, normas costumeiras eram codificadas ou desenvolvidas por sistemas jurídicos um pouco mais estruturados (BEDERMAN, 2010, p. 14). Nesse sentido, o sistema jurídico ocidental teve um papel predominante na disseminação de valores culturais e sociais.³ O ressurgimento do Direito Romano na Europa Ocidental e a utilização de novos instrumentos jurídicos fizeram com que as antigas práticas locais do costume não vinculantes se tornassem insuficientes. Ao final do século XII, as relações socioeconômicas necessitavam da implementação de novas regras e princípios e o Direito não poderia mais ser resultante de meras práticas sociais. Desse modo, o Direito Romano e o conceito de legalidade influenciavam a percepção das práticas

² Na Antiguidade, por exemplo, havia o costume de se retribuir o crime de homicídio com um ato de vingança, que foi substituído, ao longo do tempo, a um pagamento de uma compensação monetária estabelecido por sanções públicas. Do mesmo modo, normas costumeiras em relação à família e à propriedade também foram modificadas (BEDERMAN, 2010, p. 13 e 14).

³ Segundo Bederman (2010, p. 16), apesar da abordagem jurisprudencial ocidental ser muito contestada, permanece como importante ponto de partida para o estudo do Direito Internacional Consuetudinário na sociedade internacional.

existentes, contribuindo para a formação de um Direito Consuetudinário (MAYALI, 2015, p. 375-376). Dessa forma, a tradição do Direito Consuetudinário é uma construção histórica e cultural que teve o seu início no Direito Romano, prevaleceu na Europa medieval e culminou com o seu renascimento e transformação no século XIX, para, na sociedade contemporânea, se tornar uma fonte do Direito Internacional obrigatória e vinculante consagrada pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça.⁴

A partir dos critérios estabelecidos pelos romanos, os juristas medievais consideravam o costume uma prática reiterada e, tendo em vista o imperativo do consentimento tácito, apresentava caráter obrigatório. Entretanto, diversamente dos romanos, os juristas medievais consideravam sua conceituação como de vital importância, mesmo que muito próxima daquela utilizada na antiguidade. Kadens (2016, p. 13-14) pontua, então, que a adoção incondicional da acidental definição romana do costume levava ao início de um longo período de confusão sobre os seus elementos constitutivos, revelando-se, assim, insatisfatória para a distinção dos costumes adotados na vida cotidiana daqueles considerados como regras jurídicas (KADENS; YOUNG, 2013, p. 900). Os juristas medievais preocuparam-se com a relevância jurídica do costume, transformando-o em lei. Entretanto, assumindo o caráter autoritativo do Digesto de Justiniano, buscavam encaixar as suas regras em uma sociedade já diferenciada da época justiniana (KADENS, 2016, p. 13-14).

Todavia, os juristas medievais reconheciam a necessidade de distinguir as práticas da sociedade que levavam à formação do costume e apresentavam caráter mandatário daquelas consideradas como não vinculantes. Para tanto, eram utilizados os critérios da duração, repetição e consentimento tácito. Em relação aos elementos da temporalidade e frequência, o entendimento predominante considerava necessário um período mínimo de uma década e os atos deveriam ocorrer ao menos duas vezes dentro desse espaço de tempo indicado (KADENS; YOUNG, 2013, p. 889-890; KADENS, 2016, p. 23). Foi a partir do século XIV que os juristas passaram a analisar

⁴ Art. 38.1. “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] b. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; [...]” BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

se tais atos advinham também do consentimento tácito da sociedade quando já estabelecido o elemento objetivo, tornando, dessa forma, o consentimento vinculativo nas cortes locais. Apesar da difícil conceituação do costume devido à sua flexibilidade e indeterminação, os juízes à época o analisavam, a pedido das partes, para que pudesse ser alegado e determinado pela corte local. Contudo, tal processo fazia com que o costume se distanciasse do seu estado natural e assumisse o caráter de lei formal, conferindo ampla discricionariedade aos juízes (KADENS, 2016, p. 24-27). Assim, o conceito de costume ou *consuetudo* baseava-se no hábito (*mos*) e na legislação (*lex*) e apesar do hábito representar uma regularidade e do costume ser normativo, reiteramos o argumento de Ibbetson (2007, p. 156) de que essa definição não esclarece como um hábito se tornava costume ou quando adquiria o seu caráter normativo.

Bartolus considerava essencial demonstrar a prova de um costume, pois advinha da prática social que deveria ser observada. Com o intuito de auxiliar os juízes na determinação dos costumes, foi estabelecido o mecanismo do *enquête par tube*, que consistia em um grupo normalmente composto por dez pessoas que informavam individualmente os costumes às cortes locais e era considerado como um meio de prova (IBBETSON, 2007, p. 158-159). Além disso, resultava em uma afirmação por escrito sobre a existência do costume, independente de determinada frequência, tornando-se, assim, a base para um código local de Direito Consuetudinário (KADENS, 2019, p. 184). Entretanto, caso o costume não fosse contestável, constituía-se em um “costume notável” e nenhuma prova era necessária (KIM, 2021, p. 41). Por outro lado, o mecanismo também poderia ser considerado como tendencioso e incerto, gerando manipulações sobre o costume a partir de asserções próprias (KADENS, 2016, p. 29).

Em relação à existência de um eventual antagonismo entre o costume e a lei, vigorava na Idade Média o entendimento de que o costume não poderia revogar a legislação escrita, mas somente um costume anterior, fazendo com que a validade de um costume dependesse diretamente da lei e revelando a concentração de poder nas mãos dos governantes (IBBETSON, 2007, p. 157-158).

No tocante à relevância dos costumes na Europa medieval, destaca-se a sua utilização nas regiões europeias que atualmente se constituem em países como

França, Espanha, Itália, Suíça, Bélgica, Alemanha, Inglaterra, Países Baixos e escandinavos (GILISSEN, 1982, p. 17). Entretanto, a partir do século XV, o costume começava a entrar em declínio devido aos seus escritos oficiais, à recepção do direito romano como “*common law*”, reduzindo o papel complementar do costume e ao processo do absolutismo e a formação dos Estados modernos europeus levando à consequente eliminação das particularidades das leis locais (GILISSEN, 1982, p. 57). No século seguinte, com o crescimento das cidades e a intensificação das trocas comerciais, tornou-se crescente a necessidade de maior normatização das condutas sociais, resultando na diminuição ainda maior da importância do costume como fonte do Direito (KADENS, 2016, p. 30).

2.2 De 1500 a 1760 – Velho Colonialismo: Do Feudalismo ao Direito Internacional

No início da Idade Moderna, ao mesmo tempo que o costume perdia o seu prestígio e apresentava reduzida importância em relação ao formalismo da lei, o costume também ressurgia para preencher as lacunas de um Direito ainda não totalmente elaborado. Como afirma Kadens (2016, p. 30), na criação do Direito Internacional Consuetudinário, ressalta-se o conceito do costume para identificar um Direito não estruturado. Desse modo, compartilhamos a posição de Kelly (2017, p. 49-52) de que o conceito de DIC está mais diretamente ligado à dominação do poder militar e econômico dos países ocidentais do que à própria prática estatal e ao consentimento, gerando incertezas sobre a sua legitimidade e sendo necessário, portanto, analisar os ensinamentos dos autores e juristas dentro de um contexto político-social em questão.

O capitalismo alavancado pelo colonialismo do século XVI buscava uma justificativa para afirmar a sua legitimidade (CHIMNI, 2017, p. 482). Nesse sentido, Anghie (2004, p. 15) ressalta que a criação do Direito Internacional se fazia necessária para regular essas questões. A Espanha, uma das principais potências colonizadoras da época, buscava junto aos intelectuais europeus formular uma doutrina para que a sua dominação na América fosse legitimada (PAGDEN, 2012, p. 32). Francisco Vitória e Francisco Suárez, membros da “Escola de Salamanca” ou “Escolástica”, tentavam restabelecer o catolicismo durante a Reforma Protestante e apoiar o domínio espanhol na América (BRETT, 2012, p. 1086-1090). Para Vitória, todos estariam sujeitos ao *jus gentium*, que no seu entendimento era um Direito natural e universal administrado por um soberano e não pelo Papa. Dessa forma, justificava os interesses das potências

colonizadoras, vinculando as sociedades não-europeias (KELLY, 2017, p. 52-53). Conforme Suárez (1944, p. 345), o Direito das Nações, por não ser escrito, era composto pelos seus costumes comuns. No “Tratado das Leis e Deus Legislador” (1612) foram estabelecidas as noções de *jus gentium* e Direito das Gentes, vinculativos a todas as nações. Assim, em função de sua mutabilidade e diversamente de Vitória, Suárez (1944, p. 347) compreendia o *jus gentium* como um Direito não natural e distinto do Direito Civil, por regular as interações externas entre os Estados, bem como envolver normas apenas não escritas, uma vez ser estabelecido por um fato e sua intenção de ser obrigatório. Desse modo, considerava que a lacuna da lei escrita era preenchida pelo costume, tendo a consciência humana um papel fundamental na sua construção de modo a torná-lo sujeito às suas alterações e a legitimá-lo em virtude da moral ser o único objeto do costume. Outrossim, considerava que maus costumes não poderiam perpetuar devido à sua falta de legitimidade baseada na natureza costumeira do *jus gentium*. Contudo, uma nação por meio de um ato unilateral poderia se opor a um determinado costume caso a sua violação não fosse considerada um erro e por ser o *jus gentium* baseado em um ato de vontade. Nesse sentido, Iurlaro (2021, p. 64, 72-74) ressalta que o costume não seria o resultado de um consenso geral, mas o resultado de manifestações individuais de vontades soberanas, embora a sua base moral permanecesse inalterada.

Nos Países Baixos, Hugo Grócio fundamentava os princípios do Direito Internacional no que considerava ser a razão universal. Tanto Vitória no século XVI como Grócio no século seguinte deduziam direitos dos princípios considerados naturais como forma de legitimar a conquista europeia sobre os novos territórios conquistados. Assim, Grócio utilizava, por exemplo, o princípio da liberdade dos mares e justificava a liberdade de comércio e navegação holandesa em prol dos interesses do país (KELLY, 2017, p. 53-54). O autor também utilizou o termo “costume” nas suas obras, principalmente em “*The Rights of War and Peace*” escrita em 1625. Para Grócio (2006, p. 16, 46), o costume era considerado um direito imutável, natural, não escrito e que deveria ser observado por todos. Entretanto, considerava que também havia costumes coincidentemente criados por todas ou a maior parte das nações segundo seus interesses particulares, como em relação à servidão, sucessão e contratos. Nesses casos, seria possível refutar o costume por não ser este estabelecido por meio de um comum acordo entre as nações, não se constituindo, dessa forma, em um

direito estabelecido para as mútuas relações entre os cidadãos. Por outro lado, os preceitos obrigatórios estabelecidos pelo Direito das Nações para os cidadãos não poderiam ser denegados. Grócio (2015b, p. 490-491) também entendia que o costume poderia ser voluntariamente presumido por uma nação de forma tácita, ou seja, o silêncio seria uma aceitação da norma costumeira desde que houvesse o seu reconhecimento e nenhuma outra razão que a impedisse de tal ato. Assim, Iurlaro (2021, p. 107-108) questiona a existência do elemento voluntário do conceito de costume sem envolver efetiva ação humana, excetuando-se pela aceitação tácita, segundo o entendimento de Grócio. Desse modo, alega que Grócio buscava reconceituar o costume, afastando o voluntarismo e radicalizando o caráter natural de forma a estabelecê-lo não por meio de comportamentos, mas por argumentos que pudessem ser comprovados se espontaneamente utilizados pela sociedade, qualificado-o, assim, como um regime jurídico entre o Direito natural e o Direito das Nações.

Destarte, no entendimento de Grócio (2015a, p. 159-163), distintos sistemas jurídicos demandavam diferentes abordagens (STRAUMANN, 2015, p. 54). Enquanto o Direito natural poderia ser tanto provado previamente, baseando-se em um aspecto natural, como posteriormente, baseando-se em uma razão externa; o Direito das Nações somente poderia ser provado posteriormente por se basear em uma vontade humana. Assim, o método dedutivo seria mais adequado ao Direito natural em virtude de poder ser deduzido de princípios e o método indutivo atribuído ao Direito das Nações por ser este estabelecido pelo Direito Positivo. Outrossim, o costume quando derivado do Direito natural poderia ser deduzido, já quando derivado do Direito das Nações seria indutivo. Desse modo, Grócio (2015b, p. 486-487) considerava que o costume seria fruto de um exercício de interpretação e, ao apreciar o consenso entre as partes, deveria se observar a sua manifestação, tanto de forma tácita como expressa. Entretanto, no entendimento do autor, a interpretação do silêncio equivaleria à prática. Como, nessa perspectiva, não há separação entre o elemento material e subjetivo do costume, o momento da formação do costume ocorre simultaneamente com a sua identificação.

Iurlaro (2021, p. 109-113) assevera que a teoria de Grócio inova ao lidar com a interpretação do costume, distanciando-se da sua análise moral ressaltada por Suárez. Além disso, há um significativo impacto nas fontes de prova do costume que,

para Grócio, se baseiam nos seus registros históricos conforme o consenso dos estudiosos e não segundo a sua prática contemporânea. Assim, os costumes derivados do Direito natural seriam universais, obrigatórios e deduzidos, enquanto costumes voluntários seriam aqueles resultantes de um processo tácito, obtidos por meio da indução, não obrigatórios e em que a aplicação do Direito natural seria limitada pela vontade dos soberanos.

Chimni (2017, p. 485-486) afirma que que foi durante este período do velho colonialismo que as lógicas do capital e território impulsionaram a formação das doutrinas de Direito Internacional. Nessa época, o universalismo do Direito das Nações baseava-se na doutrina do Direito natural. No século XVII, o contexto doméstico contra a anarquia feudal foi um fator determinante para o surgimento do Estado moderno, tendo a sua origem nos Tratados de Westphalia em 1648, que consagraram o princípio da igualdade soberana dos Estados. Além disso, estes puderam se desvencilhar juridicamente da Igreja, vinculando a sua vontade a um direito autônomo, estabelecido através de tratados ou costumes internacionais, iniciando-se o desenvolvimento do Direito Internacional e consagrando a teoria de Grócio em que a sociedade internacional seria regulada por princípios universais (SCHARF, 2013, p. 21-24).

Em 1758, Vattel publica a sua principal obra “O Direito das Gentes”, em que explicava como os Estados evoluíam e interagiam na existente ordem internacional, aproximando o interesse das nações ao Direito natural e baseando-se, assim, o “bom governo” nos princípios do Direito natural. Dessa forma, as nações, mesmo aquelas sob a proteção de um outro Estado, seriam livres e soberanas conforme o Direito natural. E, apesar do autor defender a independência dos Estados, a teoria do “Direito das Gentes” ressaltava a importância do interesse próprio das nações e do comércio como forma de manter o equilíbrio do poder europeu (STAPELBROEK; TRAMPUS, 2019, p. 109-133). Assim, a teoria de Vattel buscava elaborar um Direito em que os valores essenciais de publicidade e justiça permitiriam às nações agirem como se estivessem em seu estado de liberdade natural. Outrossim, a conceituação do interesse próprio das nações respaldada no Direito natural legitimava o costume segundo o critério da conformidade (IURLARO, 2021, p. 138-140). Para Vattel (2004, p. 11), práticas prolongadas pelo uso constituíam o Direito das Gentes costumeiro, que se baseava no consentimento tácito, obrigando somente os Estados que o

aceitaram. Não obstante o seu consentimento tácito, o Direito das Gentes costumeiro facilitava a cooperação entre os Estados ao estabelecer de forma mais clara as regras que desejassem se vincular. Nessa perspectiva, há uma mudança paradigmática em relação à evidência do costume, baseando-se no Direito natural e na prática estatal e não mais nos seus registros históricos desde a antiguidade clássica. A teoria, entretanto, criava possibilidades para os países não-ocidentais de não se vincularem às normas costumeiras (KELLY, 2017, p. 56), sendo ainda insuficiente para subordinar todos os Estados às normas costumeiras estabelecidas pelos países europeus para perpetuarem a sua dominação.

2.3 De 1760 a 1875 - Novo Colonialismo

Para Chimni (2017, p.486-488), a fase do Novo Colonialismo⁵ foi caracterizada pela vitória da Inglaterra sobre a França na Guerra dos Sete Anos (1756-1763), na assinatura do Tratado de Paris entre a Grã-Bretanha, França, Portugal e Espanha (1763), que resultou na redistribuição dos territórios coloniais e na política inglesa de atribuir às colônias a função de consumidores do mercado e não mais de fornecedora como no Velho Colonialismo, assim como na Revolução Industrial, que enfatizava o papel de grandes mercados coloniais como consumidores para a manutenção do sistema. Nesse contexto, as relações entre os Estados influenciavam o desenvolvimento do Direito Internacional e o conceito de soberania se tornava o princípio central na política externa dos países europeus (HINSLEY, 1986, p. 204), especialmente após a Revolução Francesa (1789-1799) e o estabelecimento da classe burguesa. Assim, Hinsley (1986, p. 194-195) ressalta que os países não eram mais considerados como sociedades independentes inteiramente distintas, mas como organizações politicamente separadas que tiveram um desenvolvimento histórico semelhante, constituindo um sistema político de Estados independentes em razão da sua diversidade. Nesse sentido, a obra de Vattel, “O Direito das Gentes”, respaldava juridicamente o entendimento político da Europa como um sistema internacional formado por uma associação de países independentes, em que o conceito de

⁵ Brownlie (1984, p. 359) considera o período compreendido entre 1750 e 1850 marcado pela expansão da colonização e ideologia europeias. Durante esse período, o Direito das Nações baseava-se, principalmente, na definição do Estado, no mecanismo de estabelecimento e manutenção das relações diplomáticas, incluindo os Estados Unidos e os Estados de colonização espanhola da América Latina, na conclusão de tratados, no Direito da Guerra e na neutralidade. Dessa forma, Yadong (2020, p. 127-128) ressalta a importância desse período para o estabelecimento de normas do DIC relativas à devolução de bens da propriedade cultural saqueados durante a guerra.

soberania era fundamental no Direito Internacional e deveria ser respeitado por todos por ser um princípio de Direito natural.

Chimni (2017, 489) assevera que o Direito Internacional passava a ser considerado como o Direito das Nações cristãs, sendo as colônias consideradas como meros objetos. O Direito natural, que se aplicava a todos os povos, independentemente das suas diferenças culturais, e no qual o costume se baseava, era substituído pelo positivismo, que acentuava a distinção entre os Estados civilizados e não-civilizados, sendo o Direito Internacional somente aplicável aos Estados soberanos que integravam a “família das nações civilizadas”. Nesse sentido, Wheaton (1964, p. 15) afirma que não havia um Direito das Nações uniforme entre os Estados, sendo que o Direito Público continuava a pertencer aos povos cristãos europeus. Assim, Gong (1984, p. 53) ressalta que o Direito europeu passava gradualmente a ser considerado Direito Internacional ou Direito das Nações civilizadas. Dessa forma, considerava-se costume somente aquele praticado por essas nações (ANGHIE, 2004, p. 33-35, 54).

A concepção positivista do Direito Internacional foi introduzida ao final do século XVIII por John Austin e tinha como fundamento jurídico o Estado soberano, contrapondo-se à visão naturalista de que os Estados soberanos estariam sujeitos ao Direito natural e aos princípios morais. Como afirma Anghie (2004, p. 43), os soberanos somente poderiam estar sujeitos às leis que consentissem. Dessa forma, as regras do Direito Internacional relacionavam-se à prática dos Estados e às suas leis, não mais se considerando à natureza divina e às premissas gerais. Entretanto, para Austin (1995, p. 34-35), as normas consuetudinárias não integravam o Direito positivo, pois não advinham de comandos políticos superiores, sendo apenas regras morais de conduta; somente quando adotadas pelos tribunais de justiça e pelos governantes poderiam ser devidamente consideradas como normas. Diversamente desse entendimento, Maine (1920, p. 4-5) ressaltava o papel do Direito Consuetudinário ao afirmar que o Direito foi primeiramente estabelecido por costumes, antecedendo a sua adoção por um governante. Já Savigny, principal expoente da Escola Histórica do Direito nessa época, considerava o costume como derivado do Direito positivo, sendo sua existência fundamentada na consciência das pessoas como uma expressão de concordância natural de opinião (KLETZER, 2007, p. 133). Assim, gradativamente, o conceito de costume se transformava conforme a evolução das sociedades, distanciando-se da

sua inicial fundamentação naturalista e incorporando-se ao Direito Positivo segundo o consentimento dos governantes e a prática estatal.

Todavia, tanto o Direito natural baseado no método dedutivo a partir de premissas gerais como o Direito Positivo fundamentado no método indutivo por meio de exemplos da prática estatal eram utilizados pelos países mais influentes como forma de justificar a obrigatoriedade das suas normas costumeiras (SCHLÜTTER, 2010, p. 16-17; ZHANG, 2018, p. 950). No caso do positivismo, Kelly (2017, p. 58-59) afirma que a soberania era utilizada como uma espada pelos Estados europeus ao conferir um direito de “guerra justa” contra as nações que não se submetiam aos seus interesses comerciais e, ao mesmo tempo, como um escudo de proteção contra as reivindicações das sociedades menos influentes.

Entretanto, mesmo com a crescente influência da concepção positivista no século XIX, o Direito natural ainda influenciava o Direito Internacional, sobretudo no início do século. No processo de identificação do costume, o Direito natural e o consentimento estatal apresentavam uma estreita interação, sendo difícil determinar nitidamente a sua fundamentação. Dessa forma, ao analisar se uma norma costumeira previamente estabelecida permaneceria válida, deveriam ser considerados a perspectiva dinâmica do Direito natural, o consentimento estatal e os pronunciamentos estatais (ZHANG, 2018, p. 951-952). Com o desenvolvimento da Escola Histórica do Direito e o entendimento de que o Direito era derivado da vontade humana consciente, intencionalmente imposto e não espontaneamente criado, a doutrina do Direito natural era refutada e o consentimento tácito substituído pela *opinio juris*, baseada nos pronunciamentos estatais, embora sem ainda ter se constituído no elemento subjetivo do costume (WALDEN, 1977, p. 358-359). Para a Escola Histórica, a *opinio juris* consistia na manifestação do espírito popular (*Volksgeist*), mas se aplicado ao Direito Internacional Consuetudinário contemporâneo consiste na convicção da obrigatoriedade da prática estatal.

No final do século XIX, a teoria do consentimento tácito de Vattel, vinculante ao costume, não mais se aplicava à sociedade internacional (KELLY, 2017, p. 55-56), sendo inadequada para justificar a obrigatoriedade do Direito costumeiro (CLAPHAM, 2012, p. 50). As normas consuetudinárias deveriam ser observadas pela convicção de serem vinculantes e não pelo consentimento dos Estados. Outrossim, a teoria de

Vattel não obrigava os Estados não-ocidentais que se formavam, a exemplo do Japão e Turquia, a se vincularem às normas costumeiras, fazendo-se necessária uma nova teoria de Direito Internacional que os vinculasse às normas europeias. Desse modo, os novos Estados não teriam participação na criação das normas, tendo meramente que se sujeitarem ao Direito europeu já estabelecido e considerado como o Direito Internacional, mesmo que contrário aos seus interesses.

2.4 De 1875 a 1945 – Imperialismo

Ao final do século XIX, o capitalismo alcança a sua fase monopolista e um crescente número de nações europeias e o Japão iniciam a corrida imperialista para a extensão dos seus mercados na África, Ásia, América e ilhas do Pacífico (CHIMNI, 2017, p. 489-494). Após várias disputas coloniais, praticamente todos os territórios nesses continentes passaram a ser controlados pelas nações europeias que incutiam nos povos não-europeus as suas ideias e o seu sistema jurídico (ANGHIE, 2004, p. 32-33). Dessa forma, a competição imperialista, o aprofundamento das relações econômicas internacionais e a desigualdade econômica entre os países refletiam no desenvolvimento da doutrina do Direito Internacional e no estabelecimento definitivo do positivismo derivado da criação da vontade soberana dos Estados mais influentes como forma de justificar a universalização do Direito Internacional.

Nesse sentido, as mudanças nas relações internacionais provocaram um progressivo aumento dos tratados internacionais e o Direito Internacional Consuetudinário se mostrava inadequado frente aos novos princípios e regras que surgiam (VEC, 2012, 669). Mesmo assim, o costume desempenhava relevante papel regulatório em atividades fundamentais para os Estados europeus, como o direito do mar, anexação territorial e responsabilidade internacional, que tinham eficácia jurídica em toda a sociedade internacional em detrimento de constantes objeções de Estados não-europeus (CHIMNI, 2018, p. 19-20).

Destaca-se a doutrina do costume analisada por François Geny (2000, p. 247-257), em que entende a natureza do costume como uma fonte autônoma de Direito positivo privado nos sistemas domésticos, precedendo o Direito estatutário e a centralização de poder. Para o autor, é essencial diferenciar a força da obrigatoriedade do costume do mero uso devido ao costume ser constituído por um elemento material baseado no

uso constante e em um elemento psicológico ou *opinio juris*, fundamentado na convicção da prática como juridicamente exigível.

Já na virada para o Século XX, Hall e Oppenheim desenvolvem a “Teoria do Consentimento Comum”, considerando os princípios legais europeus e americanos como universais e obrigatórios a todas as nações, mesmo sem o seu consentimento (KELLY, 2017, p. 56-57) e diferindo da doutrina do consentimento tácito de Vattel (2004, p. 11) por não ser esta universal e obrigatória para todas as nações. Essas normas eram baseadas na prática dos Estados, embora escassas e controversas. Assim, com a expansão da sociedade internacional, os novos Estados que surgiam vinculavam-se às regras de Direito Internacional conforme a teoria universal do consentimento baseada na aceitação do conjunto de regras já estabelecidas pelos Estados (JENNINGS; WATTS, 1996, p. 14). A teoria do consentimento ou voluntarismo moderno se constitui em uma das principais correntes do positivismo em relação ao processo de criação das normas do Direito Internacional, tendo sido adotada na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) e posteriormente pela Corte Internacional de Justiça (SCHLÜTTER, 2010, p. 18-19).

Após a Primeira Guerra Mundial, a manutenção da paz e a criação de uma corte internacional para resolução de disputas internacionais faziam-se necessárias. Nesse sentido, foi estabelecido um mandato para a Liga das Nações, composto por Estados soberanos e tendo como objetivo a criação de uma nova ordem jurídica internacional e a sua respectiva codificação (ANGHIE, 2004, p. 123-124). Em 1920, um Comitê Consultivo de Juristas foi formado para a elaboração de um Estatuto para a Corte Permanente de Justiça Internacional, incluindo a provisão de um dispositivo sobre as fontes do Direito Internacional aplicáveis perante as suas disputas. Em relação ao costume internacional, a sua inserção como fonte do Direito foi muito debatida -⁶ devido à prevalência do uso dos tratados em julgamentos e, na sua ausência, a utilização das demais regras de Direito Internacional.⁷ A introdução do costume

⁶ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Proceedings of the Committee 16th-July 24th 1920**. The Hague, 1920. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 293-295.

⁷ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Documents presented to the Committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice**. London, 1920. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent->

internacional como meio de resolução de disputas foi proposta por Baron Descamps,⁸ ministro belga e presidente do Comitê, que entendeu que a sua desconsideração pela Corte levaria a uma interpretação errônea do Direito das Nações, pois o costume seria o resultado das convicções jurídicas dos Estados em suas relações mútuas.⁹ A Corte, portanto, adotou a definição do ministro belga e considerou no seu Estatuto o “[...] costume internacional como prova de uma prática geral aceita como sendo Direito,” (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, 1921, art. 38, tradução nossa).¹⁰ Contudo, a relação entre os dois elementos do costume não foi claramente determinada pelos redatores do Estatuto (POSTEMA, 2007, p. 281). Desse modo, D’Aspremont (2019, p. 10) ressalta que Descamps e o Comitê tinham um entendimento monolítico sobre o costume, não distinguindo a prática da *opinio juris*.

Todavia, em 1927, a CPJI já se afastava da fórmula monolítica de Descamps e considerava que os dois elementos do costume deveriam ser identificados de forma independente, mesmo que implicitamente, ou seja, o elemento subjetivo da *opinio juris* não poderia ser inferido da prática (D’ASPROMONT, 2019, p. 11). Nesse sentido, no caso *Lotus*, a Corte consignou que, a mera abstenção de uma prática dos Estados não bastava para que uma norma fosse considerada consuetudinária, deveriam estes agir com a consciência de ter tal dever, uma vez que o costume internacional não poderia ser constituído sem a presença do elemento subjetivo.¹¹

court-of-international-justice/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022. Annex 11 art. 2.1, p. 301.

⁸ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Proceedings of the Committee 16th-July 24th 1920**. The Hague, 1920. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 306.

⁹ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Proceedings of the Committee 16th-July 24th 1920**. The Hague, 1920. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 322.

¹⁰ No original: “[...] international custom as evidence of a general practice accepted by law”. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. League of Nations. Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court, 1921. Geneva, 1921. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

¹¹ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. The case of the S.S “Lotus” (France/Turkey). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1927. Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020. p. 28.

Assim, a CPJI utilizava o DIC como forma de resolução das suas disputas, como regras relativas à interpretação dos tratados e à responsabilidade decorrente de violações das obrigações jurídicas internacionais (TOMKA, 2013, p. 199), como no caso *Chórzow Factory* em que a Corte considerou a reparação como um princípio estabelecido pela prática internacional.¹² A CPJI também ressaltou a existência da prática nos casos *German Settlers in Poland*¹³ e *Certain German Interests in Polish Under Silesia*.¹⁴

Ao analisarmos os casos julgados pela Corte Permanente de Justiça Internacional, constata-se que a Corte geralmente se referiu à existência da prática com o intuito de identificar o costume, não havendo um maior aprofundamento quanto aos seus dois elementos constitutivos, excetuando-se o caso *Lotus*, em que identificou a ausência do elemento subjetivo no caso de abstenção de uma prática estatal.

2.5 De 1945 a 1989 – Guerra Fria

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento de novos Estados independentes, a expansão imperialista pós-colonial era então concebida como uma forma de subordinar as economias dos países recém-formados por meio das corporações transnacionais¹⁵ e sistemas financeiros. Dessa forma, o sistema econômico internacional permanecia desfavorável em relação aos países em desenvolvimento e a economia pós-guerra intensificava simultaneamente a interdependência e a desigualdade entre os países (CHIMNI, 2017, p. 496-497).

¹² PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Factory at Chórzow (Germany/Poland). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1928. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf. Acesso: 22 jan. 2022. p. 47.

¹³ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Certain questions relating to settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1923. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf. Acesso e: 22 jan. 2022. p. 36.

¹⁴ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Certain German Interests in Polish upper Silesia. Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1926. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022. p. 22

¹⁵ A origem das corporações transnacionais remonta ao período colonial e à expansão imperialista da Europa Ocidental. As transnacionais, como são atualmente reconhecidas, tiveram o seu surgimento no século XIX com o capitalismo industrial e o desenvolvimento do sistema fabril e atuavam principalmente na área de recursos minerais, petróleo e alimentação. Após a Segunda Guerra Mundial, as corporações americanas, juntamente com o crescente número de corporações europeias e japonesas, dominavam o setor de investimentos estrangeiros (CHAN; DENG; HIGGS, 2009, p. 71-72).

Nesse contexto, o Direito Internacional, fundamentado no Direito europeu, mantinha-se praticamente inalterado como forma de subordinação dos países em desenvolvimento. Entretanto, a bipolarização mundial entre os Estados Unidos e a União Soviética como superpotências ofuscou a influência europeia, alterando a estrutura dos poderes nas relações internacionais (BEDJAOU, 1979, p. 50).

Em 1945, foi constituída a Organização das Nações Unidas com a participação de 51 Estados membros e com o fim de estabelecer a paz e o desenvolvimento econômico e social. Como seu principal órgão judiciário, foi estabelecida a Corte Internacional de Justiça (SILVA, 2019, p. 443,452), que manteve praticamente o mesmo Estatuto da CPJI. Em relação ao costume, a CIJ adotou a definição da sua predecessora, mantendo os mesmos elementos caracterizadores: a prática estatal e *opinio juris*. O primeiro consiste no elemento material ou objetivo derivado dos atos dos sujeitos de Direito Internacional que estabelecem um padrão de conduta a ser observado, enquanto a *opinio juris sive necessitatis* refletirá seu elemento subjetivo ao denotar que tal prática seja motivada pela convicção de estar em conformidade com o Direito (UNITED NATIONS, 2014, p. 15, 16 e 45). Tal perspectiva é claramente observada pela leitura do artigo 38 do Estatuto da CIJ:

- 1) A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - [...]
 - b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo Direito.¹⁶

Foi, contudo, a partir do caso Plataforma Continental do Mar do Norte, que a CIJ veio a reconhecer que, além da prática prevista na alínea b, do nº 1 do art. 38, seria necessária a comprovação da atuação estatal com a consciência de que sua conduta correspondesse a uma obrigação legal exigível pelo Direito Internacional.¹⁷

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019. p. 44.

Desta forma, constatamos a distinção entre o costume e o uso, uma vez ser este constituído pela prática não obrigatória para os sujeitos de Direito Internacional, não acarretando sanções quando violado (SILVA, 2019, p. 132).

Roberts (2001, p. 789) define, assim, costume como uma fonte fluida do Direito, podendo o seu ponto de equilíbrio variar ao longo do tempo, tendo em vista uma nova prática estatal, *opinio juris* e considerações morais. Nesse sentido, Helfer e Wuerth (2016, p. 568) consideram o Direito Internacional Consuetudinário uma forma de cooperação não negociada, não escrita e universal. Já Schlütter (2010, p. 13, 29, 35, 36 e 39) considera que a definição do art. 38 não englobaria todos os fatores que contribuem para a formação de uma nova norma costumeira, pois existiriam múltiplas variáveis decorrentes das realidades sociais que poderiam influenciar seu desenvolvimento nos diversos campos do Direito Internacional, especialmente na área de Direitos Humanos e Direito Humanitário, provenientes de um método dedutivo baseado nos valores comuns da sociedade internacional. No mesmo sentido, Baker (2016, p. 440-441) conclui que o conceito estipulado pelo Estatuto tem se tornado obsoleto nos últimos anos, não englobando atores não estatais, como os tribunais penais internacionais, que têm participado do processo de formação do costume por meio de sua jurisprudência.

Foi no período pós-guerra que a dicotomia entre os elementos da prática estatal e *opinio juris* se tornou mais aparente, originando os termos “costume tradicional” e o “costume moderno” (BEDERMAN, 2010, p. 144) e revelando interpretações alternativas do Direito Internacional Consuetudinário: o primeiro tem a prática estatal como predominante e se desenvolve mais lentamente; já o segundo enfatiza a *opinio juris*, podendo se desenvolver rapidamente. Desse modo, o costume tradicional seria identificado por meio de um processo indutivo, originário da prática estatal específica, enquanto o costume moderno adviria de um processo dedutivo, com base em uma afirmação geral (ROBERTS, 2001, p. 758-759). Nesse sentido, verifica-se que o processo indutivo foi utilizado pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus*, ao inferir que um costume geral se formaria quando baseado no consentimento e nas práticas.¹⁸ Por outro lado, a Corte Internacional de Justiça utilizou-se do

¹⁸ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. The case of the S.S “Lotus” (France/Turkey). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1927. Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AA_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020. p. 28.

processo dedutivo na decisão do caso Nicarágua, ao considerar que os costumes também poderiam ser baseados em declarações, como resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.¹⁹ Contudo, a diferenciação entre os processos indutivo e dedutivo não altera o reconhecimento da norma consuetudinária.

Segundo Bederman, a análise do costume tradicional é problemática ao se basear na prática estatal de quase duzentos Estados da sociedade internacional, enquanto o costume moderno reflete um padrão de conduta ideal que se distancia da efetiva prática estatal (BEDERMAN, 2010, p. 145). Todavia, não se pode desconsiderar o fato de que os Estados mais desenvolvidos exercem uma influência maior sobre a formação do costume, sendo criado por um número reduzido de Estados desde que tenham uma relação estreita com a matéria prática em questão. Dessa forma, é inegável a influência da política dos Estados mais desenvolvidos na criação do Direito Internacional.

Por outro lado, novos Estados pós-coloniais contestavam a dominação ocidental sobre os elementos do costume e a antiga distinção entre países civilizados e não-civilizados se tornava obsoleta. Dentro de uma perspectiva terceiro-mundista do Direito Internacional, atribui-se a ênfase dada ao elemento subjetivo no costume moderno a uma expansão da sociedade internacional, visto que dificulta a dependência da prática estatal (CHIMNI, 2018, p. 18). Nesse sentido, uma prática estatal deve ser analisada considerando-se seus elementos constitutivos, como a sua duração temporal, regularidade, reiteração e generalidade (SHAW, 2010, p. 60), tendo a CIJ afirmado, no caso Plataforma Continental do Mar do Norte que “[...] a passagem de um curto período de tempo não é necessariamente, ou por si só, um impedimento para a formação de uma nova regra de Direito Internacional Consuetudinário” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1969, p. 43, tradução nossa).²⁰

¹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. **ICJ Reports**, Hague, 1986 (USA/Nicaragua). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 100.

²⁰ No original: “[...] the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019).

Ademais, pela regra do “objeto persistente” – estabelecida entre o final da Segunda Guerra e o início da Guerra Fria, e reflexo do término do colonialismo, da criação de novos Estados e da influência soviética, um Estado poderia se opor a uma norma costumeira em formação e manter tal objeção após o processo de cristalização da norma, não ficando, assim, vinculado à norma de Direito Internacional (UNITED NATIONS, 2015, p. 59), sendo considerada como uma resposta dos Estados ocidentais que temiam que, com a perda de influência no desenvolvimento do costume, terminassem por ser obrigados a cumprir regras que não refletissem a sua participação durante o processo de formação (DUMBERRY, 2010. p. 783-784). Nesse sentido, novos Estados já se encontram vinculados às normas consuetudinárias estabelecidas, apesar de, ao se tornarem sujeitos de Direito Internacional, poderem contestar as normas que não lhes sejam favoráveis (BYERS, 2004, p. 77-78).

A CIJ se pronunciou sobre o objeto persistente no caso Asilo (Haya de la Torre) ao afirmar que:

[a] corte não foi capaz de reconhecer a existência do costume alegada pelo governo colombiano. Mas mesmo que fosse possível alegar a existência do costume somente entre certos Estados latino-americanos, tal reconhecimento não poderia ser invocado contra o Peru que se absteve de ratificar as Convenções de Montevideu de 1933 e 1939, que foram as primeiras a incluírem uma regra referente à qualificação da infração relativa ao asilo diplomático (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1950, p. 277-278, tradução nossa).²¹

A regra do objeto persistente, todavia, não é oponível às normas de *jus cogens* conforme estipulado no Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre as normas peremptórias de Direito Internacional (UNITED NATIONS, 2019, p. 145)²² e no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.²³ Nesse sentido,

²¹ No original: “The Court cannot therefore find that the Colombian Government has proved the existence of such a custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum.” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum Case (Colombia/Peru). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1950. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.).

²² Conclusion 14.3: “The persistent objector rule does not apply to peremptory norms of general international law (*jus cogens*).” (UNITED NATIONS. International Law Commission. Seventy-first session. Chapter V. **Peremptory norms of general international law (*jus cogens*)**. A/74/10. Geneva, 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf>. Acesso: 06 ago. 2022.).

²³ Art. 53: “[...] uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma

são consideradas as normas de proibição do uso agressivo da força, do direito à autodefesa, da proibição do genocídio e da tortura, crimes contra a humanidade, proibição da escravatura e tráfico de escravos, proibição de pirataria, discriminação racial, *apartheid* e hostilidades direcionadas à população civil, que não poderão ser derogadas por nenhum Estado, uma vez que objetivam proteger a sociedade internacional em relação aos valores fundamentais. Dessa forma, o *jus cogens* se distinguiria das normas costumeiras gerais em função do seu caráter imperativo, obrigando a todos os Estados, e do seu caráter vinculante, que independe de ser ou não aceita pelo Estado, sendo a sua inobservância somente justificada perante outra norma da mesma natureza (TASIOULAS, 2016, p. 107).

Além da regra do objeto persistente, as normas estabelecidas pelos tratados multilaterais, conferências e organizações internacionais também influenciavam a formação da norma consuetudinária (DUMBERRY, 2010. p. 782). Entretanto, Weil (1983, p. 433-435) argumenta que, dessa forma, a prática estatal se reduz pelo fato de um dispositivo em uma convenção não poder se igualar à prática geral; estabelecendo uma maior abrangência entre os Estados em relação à obrigatoriedade da norma consuetudinária e ameaçando o equilíbrio do DIC. A CIJ, no entanto, afirmou no caso Plataforma Continental do Mar do Norte que “[...] uma participação muito ampla e representativa em uma convenção pode ser suficiente, desde que incluídos os Estados que tenham os seus interesses especialmente afetados” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1969, p. 42, tradução nossa).²⁴ Nesse sentido, compartilhamos do entendimento da Corte e consideramos que o equilíbrio do DIC não se encontra ameaçado pelo estabelecimento de um dispositivo amplamente adotado em uma convenção, pois mesmo que não se possa igualar à prática geral, há *opinio juris* suficiente para o estabelecimento da norma consuetudinária.

natureza.” (BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 03 maio 2021.).

²⁴ No original: “[...] a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected.” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019).

No tocante às Resoluções da Assembleia Geral da ONU 1721A (XVI)²⁵ e 1962 (XVIII)²⁶ sobre as atividades espaciais, a delegação americana sustentou que as resoluções adotadas por unanimidade poderiam dar ensejo à criação instantânea de uma norma consuetudinária. Ao analisar essas resoluções, Cheng (1997, p. 146-148) alega que são meramente recomendatórias, podendo somente evidenciar a existência de uma nova *opinio juris*. Ademais, no entendimento do autor, somente a *opinio juris* é essencial para a formação da norma consuetudinária, a prática estatal meramente reflete a existência do elemento subjetivo, sendo que este pode ser criado de forma instantânea, revelando o caráter dinâmico do Direito Internacional. Nessa perspectiva, entendemos que, apesar da prática estatal também se constituir em um dos elementos básicos do costume, podem ocorrer determinadas situações específicas como atividades espaciais, em que ainda tal prática não esteja suficientemente consolidada, sendo a *opinio juris*, nesse caso, fundamental para a formação do norma e a prática venha a ser um mero reflexo do elemento subjetivo evidenciado nas resoluções.

Em relação ao número de Estados necessários para a criação de uma norma de DIC, Akehurst (1975, p. 18) alega que depende da análise da prática conflitante, ou seja, um número reduzido de Estados pode criar uma norma consuetudinária caso não haja prática contrária. Para o autor, analisar a prática de quase duzentos Estados para a formação da norma consuetudinária é um processo demasiadamente difícil na sociedade internacional contemporânea. Entretanto, no caso *Barcelona Traction*, o juiz Ammoun (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1970, p. 330) afirmou que uma norma geral de DIC não poderia ser constituída sem levar em consideração a prática ou *opinio juris* dos Estados do Terceiro Mundo.²⁷ Nesse prisma, é relevante analisarmos a prática geral dos Estados e não o consentimento individual de cada um para a formação da norma consuetudinária internacional. Contudo, é essencial a análise prioritária dos “Estados mais afetados” em relação à questão, pois a norma

²⁵ UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1721A (XVI). **International Co-operation in the peaceful uses of outer space**. New York, 1961. Disponível em: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res_16_1721.html. Acesso em: 29 jan. 2022.

²⁶ UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1962 (XVIII). **Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space**. New York, 1962. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/1962%28XVIII%29>. Acesso em: 29 jan. 2022.

²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain)*. Separate Opinion of Judge Ammoun. **ICJ Reports**, Hague, 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-10-EN.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2022. p. 330.

consuetudinária não se formará sem a sua participação. Caso tal questão seja também de interesse dos países terceiro-mundistas, a sua prática e *opinio juris* deverão ser considerados na formação da norma costumeira para que não haja o estabelecimento de regras criadas em seu desfavor e meramente formuladas pelos Estados mais desenvolvidos.

Visando a um tratamento mais igualitário na sociedade internacional, os países em desenvolvimento constituíram a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) com o intuito de estabelecer tarifas preferenciais no comércio internacional (SILVA, 2019, p. 1-4), o que ensejou um questionamento sobre a eficácia das normas de Direito Internacional, sobretudo o DIC, geralmente compreendido como um instrumento de dominação econômica por parte das antigas potências. Nesse sentido, as normas de DIC eram vistas pelos novos Estados como inadequadas frente às mudanças ocorridas na sociedade internacional, uma vez que eram estabelecidas pelos Estados mais desenvolvidos conforme os seus próprios interesses. Assim, fazia-se necessária a formulação de uma nova abordagem jurídica que se enquadrasse melhor na nova realidade e contasse com a participação dos novos Estados. Os países terceiro-mundistas ressaltavam o princípio da não intervenção e buscavam alterar as regras de Direito Internacional em áreas como investimento estrangeiro direto, comércio e Direito do Mar (FIDLER, 2003, p. 46). Nesse prisma, as resoluções eram vistas pelos países em desenvolvimento como um instrumento mais participativo e democrático para o estabelecimento de novas regras de Direito Internacional (BEDJAOUI, 1979, p. 133-134, 138), podendo evidenciar tanto a prática estatal como a *opinio juris*, sendo que esta poderia ser estabelecida antes mesmo da prática.²⁸ Desse modo, a NOEI foi instituída em maio de 1974 conforme as Resoluções 3201²⁹ e 3202³⁰ da Assembleia Geral da ONU. E em dezembro do mesmo ano, foi aprovada a Carta de Direitos e

²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. 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**. New York, Nov. 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/0/000-20191101-STA-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022. p. 4-5.

²⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty Special Session. Resolution 3201 (S-VI). **Declaration on the Establishment of a New International Economic Order**. A/RES/S-6/3201. New York, 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso e: 27 jan. 2022.

³⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty Special Session. Resolution 3202 (S-VI). **Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order**. A/RES/S-6/3202. New York, 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>. Acesso em: 27 jan. 2022.

Deveres Econômicos dos Estados segundo a Resolução 3281³¹ tendo em vista o desenvolvimento econômico e social dos Estados e o estabelecimento de novas regras consuetudinárias (BEDERMAN, 2008, p. 33). No entanto, devido à oposição americana e a pouca adesão dos países desenvolvidos, a Carta não entrou em vigor, servindo meramente para o estabelecimento de um ideal de solidariedade internacional.

Ao final da Guerra Fria emerge-se um “costume moderno”, com o desmantelamento da União Soviética, a globalização neoliberal e a conseqüente diminuição dos Estados pós-coloniais em oposição ao DIC, fatores que permitiram um desenvolvimento célere das normas costumeiras e, em conseqüência, a ampliação do uso e influência do DIC nas cortes domésticas e tribunais internacionais como os tribunais arbitrais, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), o Tribunal Penal Internacional (TPI) e a própria Corte Internacional de Justiça (MERON, 2011, p. 29), bem como com frequentes controvérsias sobre as abordagens do costume moderno e do costume tradicional, utilizando, respectivamente, os métodos dedutivo e indutivo desenvolvidos pela CIJ (ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011, p. 685). Entretanto, mesmo com a maior celeridade do costume, as regras relativas ao objeto persistente e o papel das organizações internacionais, a doutrina do DIC ainda tem sido moldada pelos países mais desenvolvidos em detrimento dos interesses dos países em desenvolvimento (GALINDO; YIP, 2017, p. 251-252), embora se possa reconhecer uma evolução crítica por parte dos países terceiro-mundistas em relação à formação das suas normas.

2.6 De 1989 a atualidade – Imperialismo Global

Com o fim da Guerra Fria, a queda do muro de Berlim e a supremacia do capitalismo sobre o socialismo como sistema mundial, há uma conseqüente eliminação de barreiras à circulação de capitais nas operações financeiras, acelerando o fenômeno da globalização e instaurando um novo sistema internacional (SILVA, 2019, p. 3, 28), que assume a forma de um imperialismo global. Destacam-se como principais características desse período a mobilidade do capital financeiro, a crescente proteção

³¹ UNITED NATIONS. General Assembly. Twenty-ninth Session. Resolution 3281(XXIX). **Charter of Economic Rights and Duties of States**. New York, 1974. Disponível em: [https://undocs.org/en/a/res/3281\(XXIX\)](https://undocs.org/en/a/res/3281(XXIX)). Acesso em: 27 jan. 2022.

dada ao estabelecimento das corporações transnacionais, a superexploração dos recursos naturais, a profusão de doutrinas do livre-comércio, o controle dos países capitalistas desenvolvidos sobre as patentes, a mitigação dos direitos trabalhistas, a violência nos países do Terceiro Mundo, os esforços dos países desenvolvidos em conter a migração, um rápido crescimento dos Direitos Humanos e a proliferação das instituições internacionais. Dessa forma, Chimni (2017, p. 506, 509-515; 2018, p. 45) assevera que, sob a influência de uma elite transnacional capitalista, o imperialismo global se fundamenta em um Direito Internacional imperial. Assim, as normas consuetudinárias internacionais buscam assegurar os interesses capitalistas, fazendo com que respaldem juridicamente a globalização e a hegemonia dos países desenvolvidos.

Com o fim de questionar a estrutura do Direito Internacional, surge ao final da década de 1990, o movimento TWAIL II³² como forma dos Estados terceiro-mundistas expressarem o seu descontentamento e contestarem a sua legitimidade, propondo reformas para um Direito Internacional mais inclusivo (CHIMNI, 2017, p. 516). O movimento consiste em uma resposta ao processo de descolonização e ao término da hegemonia europeia sobre os não-europeus, visando alterar internamente as condições dos países terceiro-mundistas, através da erradicação do seu subdesenvolvimento (MUTUA, 2000, p. 31) e partindo da premissa de que os desequilíbrios no poder afetam a maneira na qual os conceitos, normas e doutrinas de Direito Internacional são criados (ESLAVA; PAHUJA, 2011, p. 105). Contudo, a abordagem TWAIL não pode ser caracterizada como um movimento representativo dos países terceiro-mundistas em relação ao seu entendimento do Direito Internacional, mas como um projeto que tem como finalidade criar um movimento político e intelectual no Direito Internacional, ressaltando questões referentes a uma injusta ordem internacional (FIDLER, 2003, p. 30).

No que tange ao costume internacional, dentro da perspectiva TWAIL, a criação de uma norma deve ser aceita ou efetivamente não refutada pela maior parte dos Estados. E embora os países desenvolvidos tenham a capacidade de exercer um

³² Os termos TWAIL I e TWAIL II foram formulados por Anghie e Chimni (p. 79-86, 2003) e enquanto o primeiro compreende o período da descolonização após a Segunda Guerra Mundial, centrado no Estado soberano, o segundo surge ao final dos anos 1990, a partir da conferência sobre estudos jurídicos do Terceiro Mundo na Faculdade de Direito de Harvard, e centra os seus estudos no indivíduo, além de iniciar debates sobre o conteúdo político do Direito Internacional como produto do colonialismo.

papel mais influente nessa direção, países terceiro-mundistas tendem a internalizar essa dominação por meio de seus movimentos sociais influentes, organizações, instituições, tribunais internacionais e pela própria academia, mesmo quando questionados por Estados e outras forças sociais (CHIMNI, 2018, p. 28-29).

Normas costumeiras internacionais nas áreas de Direitos Humanos, Direito Humanitário, Penal e Ambiental também têm contribuído para favorecer os interesses do sistema capitalista internacional, sustentando e legitimando internamente essa ordem social (CHIMNI, 2018, p. 5). Neste sentido, constatam-se, na área dos conflitos não internacionais, as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que têm servido como evidência do costume, sobretudo em relação às obrigações de Direitos Humanos dos atores não estatais, à obrigatoriedade dos acordos de paz e às transições democráticas no pós-conflito. Como os Estados têm delegado ao Conselho autoridade para atuação nesses conflitos, é a sua prática que deve ser considerada como evidência do costume (BOON; FOX; JENKINS; 2018, p. 658, 712 e 713).

Ao considerar o Direito Internacional Consuetudinário na sociedade contemporânea, é necessário analisar seus fundamentos conforme as transformações do sistema internacional. Novas regras costumeiras surgem para resguardar os interesses do sistema global. Desse modo, uma reconceitualização do DIC deve ser realizada como forma de impulsionar as transformações no Direito Internacional, assim como ocorreu no período da globalização neoliberal com o surgimento do costume moderno, introduzindo novos elementos na ordem jurídica internacional, como a prática da sociedade civil e a *opinio juris* derivada de uma consciência jurídica universal e fundamentada no bem comum (CHIMNI, 2018, p. 36-43). Assim, o DIC se tornaria mais democrático e representativo e não meramente o resultado da prática e *opinio juris* dos países mais desenvolvidos.

Por outro lado, as normas costumeiras têm preenchido lacunas no Direito Internacional com o intuito de fomentar o sistema capitalista global, principalmente no Direito Internacional do Investimento, em que princípios como o Tratamento Justo e Equânime preservam os interesses dos Estados capitalistas (CHIMNI, 2018, p. 4-5, 36-43). Além disso, a falta de dados disponíveis para a análise da prática estatal de países do terceiro mundo intensifica a criação de normas de DIC provenientes do interesse de países exportadores de capital. Ademais, deve-se analisar as técnicas

utilizadas para refrear os países terceiro-mundistas de criarem normas de DIC que não estejam em conformidade com o interesse das nações capitalistas mais influentes, principalmente em relação à utilização da regra objeto persistente. Diante desse prisma, uma doutrina de DIC pós-moderna deve ser elaborada de forma que se fundamente na integração de argumentos dos Estados, na inclusão da prática da sociedade civil, em uma *opinio juris communis* visando o bem comum e em resoluções de organizações internacionais que reflitam essa *opinio juris*, baseando-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, Shah (2020)³³ sustenta que o DIC deveria abranger razões deliberativas e que as fontes materiais do costume deveriam ser consideradas, tais como os aspectos políticos, sociais, econômicos e culturais. Segundo a autora, as fontes formais como a prática estatal e a *opinio juris* somente identificam o costume, mas não permitem mudanças normativas quanto ao seu conteúdo. As razões deliberativas ressaltam o caráter substantivo da norma em detrimento do poder político, sendo essencial para que a norma abranja a diversidade da sociedade internacional e possa ser modificada. Postema (2012, p. 707) também considera a atual definição do costume como falha e afirma que o costume deveria derivar de práticas normativas discursivas provenientes da interação do contexto social.

Outrossim, Chimni (2018, p. 38, 41-42) ressalta a importância das razões deliberativas e o papel da sociedade civil internacional na doutrina pós-moderna do DIC para a identificação e o alcance dos interesses globais comuns. Além disso, afirma que o reconhecimento das resoluções de organizações internacionais de caráter universal que visam o bem comum global associado à sua jurisprudência poderia gerar um efeito vinculante. Países em desenvolvimento consideram que as organizações internacionais geralmente apresentam uma estrutura adequada para a elaboração de normas jurídicas com o fim de alcançar o desenvolvimento e a transformação da ordem econômica internacional devido à sua base democrática (BEDJAOUI, 1979, p. 140). Dessa forma, Mathias (2016, p. 24-31) sustenta que as organizações internacionais propiciam engajamento e discussões entre Estados para o estágio de

³³ SHAH, Tansa. An Inclusive Reconceptualization of Customary International Law: A Third World Approach. **Cambridge International Law Journal**, Cambridge, 2020. Disponível em: <http://cilj.co.uk/2020/07/07/an-inclusive-reconceptualisation-of-customary-international-law-a-third-world-approach/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

formação inicial da norma costumeira. Ademais, ressalta que contribuem para a sua formação os seus órgãos intergovernamentais e a prática do secretariado, englobando áreas da organização tais como privilégios e imunidades e conclusão de tratados bilaterais, além de exercerem um papel na identificação das normas costumeiras por meio dos seus pareceres.

Segundo a Comissão de Direito Internacional da ONU, é somente a prática dos Estados que deve ser levada em consideração na formação das normas costumeiras. A prática da sociedade civil não contribui para a formação de regras costumeiras, embora possa exercer um papel indireto na identificação do costume na medida em que os Estados endossam ou reagem às suas ações (UNITED NATIONS, 2018, p. 131-132). Reisman (2015, p. 619) observa que apesar de atores não estatais participarem do processo de formação do costume, a posição adotada pela CDI reflete o seu caráter interestatal, em que seus membros são apontados pelos governos e o trabalho é direcionado à aprovação governamental.

Tasioulas (2007, p. 328) também destaca o papel dos atores não estatais no Direito Internacional. Embora reconheça a primazia dos Estados no processo de elaboração das normas, alega que a participação desses atores garante maior legitimidade ao Direito Internacional, intensificando a participação democrática da sociedade internacional.

Hakimi (2020, p. 1491, 1494, 1524, 1528 e 1536) considera que o conceito rígido pré-estabelecido do costume é dissociado da sua realidade, excluindo atores não estatais que também participam do seu processo de criação, e desconsiderando, assim, a sua contribuição à ordem internacional. A autora pondera que, devido à sua flexibilidade, o costume é o instrumento adequado para que os atores internacionais possam promover e gerar novas regras.

Bradley (2016, p. 34, 56, 61) argumenta que a definição do costume adotada pelo Estatuto da CIJ apresenta dificuldades inerentes por ter que se aplicar a todos os contextos institucionais. O autor propõe uma abordagem do costume baseada na perspectiva da adjudicação internacional, entendida de maneira similar ao desenvolvimento judicial no *common law*, em que há a observância de práticas anteriores pelos adjudicadores, que têm discricionariedade para descrevê-las e aplicá-

las às novas situações. Entretanto, essa discricionariedade é moldada pela avaliação de práticas estatais e considerações morais. É por meio desta abordagem que os adjudicadores identificam o processo de mudança da sociedade. No entanto, conclui que a referida abordagem não revela somente como a adjudicação deveria ser aplicada ao costume, mas como é atualmente aplicada por instituições como a CIJ, que recitam as regras estabelecidas no seu Estatuto, mas as aplicam de outra forma.

Nesse contexto, diante do processo evolutivo da sociedade internacional contemporânea, do fenômeno da globalização e dos seus reflexos econômicos, sociais e políticos, constata-se que o Direito Internacional Consuetudinário não pode permanecer inerte frente a essa nova realidade. Além de uma crítica por parte dos países do Terceiro Mundo e de uma maior participação no processo de formação das normas consuetudinárias para que o costume internacional não permaneça sendo uma construção exclusivamente dos países mais desenvolvidos, outros fatores como a participação da sociedade civil, a relevância das resoluções das organizações internacionais e a própria constituição dos elementos do costume são desafios a serem enfrentados e levados em consideração na criação da doutrina do DIC. Assim, esta dissertação analisará as críticas dos autores citados neste capítulo e em que medida poderão ser implementadas para o estabelecimento de uma doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário mais democrática e representativa dos diversos atores da sociedade internacional. Ademais, o costume sempre foi o resultado de um processo originado da sociedade na qual está inserido, sendo a análise histórica elemento fundamental para compreendermos a sua relação com as diversas estruturas sociais existentes. Como bem pontuado por Iurlaro (2021, p. 202), o costume é um “processo de invenção histórica” e a sua análise ao longo do tempo é essencial para um questionamento das suas estruturas e melhor entendimento do Direito Internacional Consuetudinário contemporâneo.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO COSTUME INTERNACIONAL NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E CORTES DOMÉSTICAS

Embora cortes e tribunais³⁴ tenham um papel subsidiário³⁵ na determinação das regras do Direito Internacional Consuetudinário, decisões judiciais e arbitrais exercem um relevante papel em relação ao desenvolvimento e evolução dessas normas. Decisões que analisam os elementos do costume e a sua existência influenciam a jurisprudência e a consequente prática dos Estados (DUMBERRY, June 2016, p. 269). Assim, a Comissão de Direito Internacional da ONU esclarece que a decisão das cortes e tribunais auxilia no processo de identificação das normas costumeiras, ressaltando a importância do duplo papel das decisões de cortes domésticas como uma forma de evidência dos elementos do costume e um meio secundário de determinação das suas normas (UNITED NATIONS, 2018, p.149).

Neste capítulo serão analisadas a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça por ser considerada o principal órgão judiciário do sistema internacional, dos Tribunais Penais Internacionais pelo fato do DIC contribuir para o seu desenvolvimento, dos Tribunais Arbitrais, que apesar de não serem fonte formal do Direito Internacional, exercem um papel essencial em relação ao desenvolvimento das normas consuetudinárias no Direito Internacional do Investimento, e ainda a jurisprudência das cortes domésticas, que apresentam uma estreita interação com a ordem jurídica internacional e tem importância fundamental na identificação, aplicação e evolução do Direito Internacional Consuetudinário. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos não serão analisados devido à sua jurisprudência consistir basicamente na aplicação de princípios consuetudinários e não no processo de identificação das normas costumeiras.³⁶

³⁴ Cortes e tribunais diferenciam-se quanto ao seu conteúdo e sistema jurídico adotado. Em princípio, um tribunal regularia matérias específicas, enquanto a Corte não apresentaria delimitação de matéria. No Brasil, entretanto, a denominação Corte é preterida pelo poder judiciário. (Opinião compartilhada por LIMA, Lucas C. **O uso autoritativo das decisões judiciais internacionais pela Corte Internacional de Justiça**: Precedente e *Judicial LawMaking* no Direito Internacional. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 31-32).

³⁵ Art. 38. 1. d. Estatuto da CIJ. BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

³⁶ Como, por exemplo, no caso *Opel Austria*, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que o princípio consuetudinário da boa-fé é corolário do princípio da confiança legítima, integrando a

3.1 A Corte Internacional de Justiça

Destaca-se a posição da Corte Internacional de Justiça no processo de identificação das normas de DIC. A Corte, no entanto, reconhece a existência do costume baseando-se não somente nos elementos costumeiros, mas também na jurisprudência. Segundo Alvarez-Jiménez (2011, p. 698), a jurisprudência da Corte leva em conta as suas próprias decisões e de outras cortes como forma de integrar a sua justificativa sobre a existência da norma consuetudinária. A CIJ utilizou esse método na opinião consultiva *Wall*, onde declarou que o direito à autodeterminação dos povos estava consagrado em instrumentos internacionais e na sua própria jurisprudência.³⁷ Ao analisar a existência do costume, Tomka (2013, p. 215) afirma que a Corte realiza uma “abordagem pragmática”, constatando primeiramente já ter sido a norma costumeira suficientemente reconhecida. Além disso, o reconhecimento da CIJ de dispositivos de tratados com caráter costumeiro³⁸ como os artigos 1 e 3 da Convenção de Genebra³⁹ pode compelir outros Estados a cumprirem com essas obrigações (ALVAREZ-GIMÉNEZ, 2011, p. 683). A CIJ também reconheceu no caso Nicarágua o DIC no uso da força, na legítima defesa e no princípio da não intervenção baseando-se na Carta das Nações Unidas e em tratados e declarações.⁴⁰

Talmon (2015, p. 434-441) pondera que dentre os métodos indutivo, dedutivo e assertivo utilizados pela CIJ, o assertivo seria o mais utilizado. Nesse último caso, a Corte não analisa os elementos do costume, mas meramente afirma que determinada norma se aplica. Todavia, não se limita às asserções de costumes amplamente reconhecidos, mas também refuta a sua existência baseando-se na falta da prática

ordem jurídica europeia. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Opel Austria v. Council**. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Processo T-115/94. Luxemburgo, 22 jan. 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0115&from=PT>. Acesso em: 03 jul. 2021. p. 70.).

³⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019. p. 171-172.

³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 104-105.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 42.121 de 21 de agosto de 1957. Promulga as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinada a proteger a vítima da guerra. **Diário Oficial da União**, 9 jul. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.ht. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 88-100.

estatal.⁴¹ Embora a *opinio juris* desenvolvida pelos juízes da Corte na determinação do costume possa se revelar de forma tendenciosa, a utilização do método assertivo, na inadequação dos métodos indutivo e dedutivo, também contribui para o desenvolvimento do Direito Internacional.

Entretanto, a Corte não utiliza qualquer dos três métodos indistintamente, mas segundo a análise fática do caso concreto. O método indutivo se mostra inapropriado caso ainda não haja prática consistente, tal como ocorrido no caso *Gulf of Maine*, em que a escassa prática impossibilitava a formação de normas costumeiras.⁴² Além disso, a prática estatal pode se mostrar conflitante ou inconclusiva, como no caso da delimitação da plataforma continental entre a Líbia e Malta.⁴³ Também há casos em que a *opinio juris* não poderá ser estabelecida, como apontado pelo juiz Sorensen na Plataforma Continental do Mar do Norte.⁴⁴ Poderá também ocorrer uma discrepância entre a *opinio juris* e a prática estatal, como afirmado em Nicarágua, em que Estados interferiam em assuntos internos de outros Estados, mas sustentavam a obrigação de não intervenção.⁴⁵ Nesse caso, a Corte utilizou o método dedutivo para estabelecer o princípio da não intervenção a partir do princípio da igualdade soberana dos Estados. Assim, o método dedutivo não pode ser entendido como um meio alternativo ao indutivo, mas sim complementar para que o Direito possa ser estabelecido. Além disso, poderá ser usado para confirmar as conclusões obtidas pelo método indutivo (TALMON, 2015, p. 421-423, 427).

⁴¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo/Belgium). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021, p. 25; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea x Republic Democratic of Congo). Preliminary Objections, **ICJ Reports**, 2007. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022. p. 37.

⁴² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/U.S.A.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 1984. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 48.

⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya x Malta). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 1985. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 29.

⁴⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment, Dissenting Opinion of Judge Sorensen, **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-11-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 247.

⁴⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 96-99.

Foi, portanto, a partir do caso Nicarágua que o método dedutivo começou a ser utilizado pela CIJ, aonde afirmou que a “[...] *opinio juris* poderia, com toda a devida cautela, ser deduzida, dentre outros, da atitude das Partes e da atitude dos Estados em relação a certas resoluções da Assembleia Geral [...]” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1986, para. 188, tradução nossa).⁴⁶ Todavia, o termo “deduzir” tem sido erroneamente equiparado a um afrouxamento dos elementos do costume. Como afirma Talmon (2015, p. 431-432), os métodos dedutivo e indutivo não estão relacionados à quantidade ou qualidade da prática estatal e *opinio juris*, mas sim à evidência desses elementos. Dessa forma, as resoluções da Assembleia Geral, por exemplo, constituem meramente em novas evidências de *opinio juris*. A Corte confirmou na Opinião Consultiva do caso [das Armas Nucleares que tais resoluções podem, em certas circunstâncias, servir como evidência do elemento subjetivo do costume].⁴⁷ Nesse sentido, a Conclusão 12 do Projeto de Conclusões sobre o Direito Internacional Consuetudinário da Comissão de Direito Internacional da ONU estipula que “uma resolução [...] pode servir como evidência para determinar a existência e o conteúdo de uma regra de direito internacional consuetudinário ou contribuir para o seu desenvolvimento” (UNITED NATIONS, 2018, p. 147, tradução nossa),⁴⁸ caso reflita a *opinio juris* dos Estados. Entretanto, o conteúdo e as condições de adoção de tais resoluções devem ser analisados.⁴⁹ Contudo, no caso das Armas Nucleares, a CIJ considerou que os votos contrários e as abstenções consistiam em um impedimento para a cristalização da norma consuetudinária. Tal entendimento foi reforçado no caso das Ilhas Marshall⁵⁰ e como afirma Lima (2017, p. 206) “[n]ota-se

⁴⁶ No original: “[...] *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions [...]”. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.).

⁴⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 70-73.

⁴⁸ No original: “A resolution adopted by an international [...] may provide evidence for determining the existence and content of a rule of customary international law, or contribute to its development”. (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019).

⁴⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 70-73.

⁵⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Judgment, **ICJ**

que a Corte em 2016 não é explícita ao reconhecer de maneira incontroversa e definitiva a existência de uma obrigação consuetudinária”.

Kelly (2000, p. 519-522) critica a utilização do método indutivo, utilizado no costume tradicional e decorrente da prática estatal por não contar com a participação da maioria dos Estados, apresentando um “déficit democrático” que afeta todo o processo de formação da norma. Já o método dedutivo, utilizado no costume moderno e baseado em afirmações gerais, associa-se mais aos novos valores e desafios globais como os Direitos Humanos e Meio Ambiente, em que a frequente violação dos Estados nessas áreas faz com que o método indutivo não seja o mais apropriado (TALMON, 2015, p. 429).

Ao utilizar a dedução, a CIJ emprega o método normativo, funcional ou analógico (TALMON, 2015, p. 423-426). Por meio da dedução normativa, novas normas são inferidas de regras e princípios do DIC. No caso Imunidades Jurisdicionais dos Estados, a Corte inferiu a regra de imunidade estatal do princípio da igualdade soberana dos Estados.⁵¹ Já na dedução funcional, as regras são inferidas a partir de considerações gerais segundo a função do indivíduo ou da organização. Em Reparações dos Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas, a CIJ declarou que a personalidade jurídica internacional da organização era indispensável para alcançar os seus objetivos estabelecidos pela Carta.⁵² Já em relação à dedução analógica, há a formação de uma nova regra a partir da analogia de uma regra existente, embora com aplicação diferente da que a antecede. Um exemplo seria o caso da Plataforma Continental entre a Líbia e Malta, em que a Corte asseverou a existência da regra costumeira de 200 milhas náuticas na plataforma continental, baseando-se nas 200 milhas da zona econômica exclusiva.⁵³

Reports, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 53.

⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy, Greece intervening.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 28-29.

⁵² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 8.

⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya x Malta). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 1985. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 24-25.

Em relação ao método assertivo, a CIJ também utiliza diversas técnicas (TALMON, 2015, p. 437-440), como a referência aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, muito utilizada pela Corte e cuja abordagem frequentemente sustenta que determinado artigo adotado pela CDI reflete o costume internacional. Entretanto, a Corte não analisa se tais Projetos de Artigos da Comissão meramente codificam o Direito Internacional ou contribuem para o seu desenvolvimento, mas simplesmente reconhece o caráter costumeiro no trabalho da CDI. Outro método utilizado é o reconhecimento do DIC em dispositivos de um tratado, como nas Convenções de Genebra. Além disso, a CIJ afirma que determinadas resoluções refletem o DIC, como a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU sobre as relações amistosas entre os Estados (UNITED NATIONS, 1970).⁵⁴ A Corte também desenvolve as suas próprias asserções, como na afirmação de que o direito à autodeterminação se aplica a todos,⁵⁵ não levando em conta a prática estatal ou *opinio juris* dos Estados.

Por outro lado, a CIJ também se silencia em relação à existência de normas costumeiras por ainda se encontrarem no seu estágio inicial de formação. No caso *Arrest Warrant*, a Corte decidiu não se pronunciar sobre a jurisdição universal no Direito Internacional, embora pudesse fazê-lo.⁵⁶ Dessa forma, a declaração de existência ou não de uma norma costumeira pela Corte pode refletir na prática dos Estados, promovendo uma determinada norma ou inibindo o seu surgimento (ALVAREZ-GIMÉNEZ, 2011, p. 705).

Diante do exposto, verifica-se que a combinação dessas diversas metodologias caracteriza a jurisprudência da Corte. No caso *Arrest Warrant*,⁵⁷ por exemplo, a Corte utilizou o método assertivo ao afirmar que os ministros estrangeiros possuíam imunidade. Contudo, utilizou a dedução funcional para estabelecer o alcance dessas

⁵⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2010. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 80.

⁵⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019. para. 88.

⁵⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo/Belgium). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021, para. 43.

⁵⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo/Belgium). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021, para. 58.

imunidades e analisou a prática estatal para averiguar qualquer exceção dessa regra (TALMON, 2015, p. 441).

Portanto, podemos concluir que o processo de identificação da norma costumeira pela CIJ, mesmo não apresentando um rigor em relação à metodologia utilizada e extrapolando os elementos do artigo 38 do seu Estatuto, não tem se mostrado problemático e tem contribuído, dessa forma, para a determinação do costume e desenvolvimento do Direito Internacional.

3.2 Tribunais Penais Internacionais

No tocante aos tribunais penais internacionais, especialmente o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia,⁵⁸ Meron (2011, p. 29, 32) considera que a jurisprudência do DIC tem se destacado dentre os outros tribunais. Os tribunais penais internacionais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda⁵⁹ estabelecidos durante a década de 1990 recorriam ao costume para fundamentar as suas decisões. No entanto, a doutrina costumeira aplicada pelos tribunais deveria se pautar pelo princípio da legalidade ou *nullus crimen sine lege*, sendo o réu condenado baseando-se somente em regras jurídicas já estabelecidas no momento da violação do ato. Por outro lado, Frulli (2015, p. 82) argumenta que uma interpretação demasiadamente rígida ao princípio da legalidade não contribuiria para o desenvolvimento do DIC. A jurisprudência evolutiva do costume nos tribunais *ad hoc* destaca-se, principalmente, quanto às violações das leis e costumes de guerra nos conflitos armados internacionais e não internacionais, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, responsabilidade penal individual e aplicação do princípio da responsabilidade de comando nos conflitos internacionais (SCHLÜTTER, 2010, p. 186).

Em relação ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, que instituiu o seu Estatuto segundo a

⁵⁸ O Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia foi instituído pelas Nações Unidas para julgar os crimes de guerra ocorridos nos Bálcãs durante a década de 1990. O seu mandato teve início em 1993 e foi extinto em 2017. (UNITED NATIONS. **International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <https://www.icty.org/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

⁵⁹ O Tribunal Penal para Ruanda foi instituído pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 1995 e extinto em 2015 com o objetivo de processar os responsáveis pelos crimes de genocídio cometidos em Ruanda e nos países vizinhos entre 1 jan. e 31 de dez. de 1994 (UNITED NATIONS. **International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/en/tribunal>. Acesso em: 20 fev. 2020.).

Resolução 808 do Conselho de Segurança da organização, estabeleceu que as normas consuetudinárias de Direito Internacional Humanitário se aplicariam a todos, independentemente da adesão dos Estados aos seus respectivos tratados.⁶⁰ Dessa forma, os Estados que sucederam a República Iugoslava também se sujeitavam ao costume internacional (ARAJÄRVI, 2014, p. 57).

No caso *Tadic*,⁶¹ o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia defrontou-se com a questão sobre a existência do costume no que tange à responsabilidade penal individual nos crimes de guerra em conflitos armados internos. E, como a natureza do conflito da Iugoslávia ainda não havia sido definida, o Tribunal não poderia prontamente solucionar a questão. Observando vários pronunciamentos estatais oficiais que reivindicavam proteção à população civil independente da natureza dos conflitos armados, a Câmara concluiu que tal questão era regulada pelo DIC tanto nos conflitos não internacionais como nos internos. Van Der Wilt (2020, p. 795) observa, entretanto, que a Câmara de Apelação não distinguiu claramente o elemento subjetivo da *opinio juris* da prática estatal, mesclando os dois elementos do costume na sua fundamentação. Não obstante, o caso *Tadic* abriu espaço para outras abordagens do DIC.

Em relação aos métodos utilizados pelo TPII para a identificação das regras costumeiras, estes consistiam basicamente na prática estatal e *opinio juris*; na predominância da *opinio juris*; no método dedutivo e na jurisprudência. Todavia, com o aumento dos casos do Tribunal, as Câmaras recorriam mais frequentemente à sua própria jurisprudência (ARAJÄRVI, 2014, p. 75).

Em relação ao método tradicional de análise dos elementos costumeiros, a prática estatal e a *opinio juris*, o primeiro caso decidido pelo TPII foi *Erdemović*⁶² (ARAJÄRVI, 2014, p. 76) que analisou a responsabilidade penal de um soldado no caso de crimes

⁶⁰ UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-general pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)**. S/25704. New York, May 1993. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/166504#record-files-collapse-header>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 34.

⁶¹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Tadic**. Case n° IT-94-1-AR72, Appeal Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 oct. 1995. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021. para. 105, 106, 108, 118, 130, 131 e 137.

⁶² INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Case n° IT-96-22-T, Trial Chamber, Judgment, 29 Nov. 1996. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj961129e.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

contra a humanidade e a natureza da coação como defesa no Direito Internacional. Os juízes McDonald e Vohrah analisaram na sua Opinião Separada Conjunta se o DIC considerava a coação como defesa nos casos de crimes contra a humanidade e nos crimes de guerra quando resultavam em mortes de civis. Para ambos juízes, o costume deveria ser analisado segundo a prática estatal e a *opinio juris* dos Estados, assim como estabelecido no caso Plataforma Continental do Mar do Norte. No entanto, concluíram que não havia norma consuetudinária estabelecendo tal defesa.⁶³ Nesse sentido, a Câmara de Apelação decidiu pela não absolvição do réu.⁶⁴ Também em *Hadzihasanovic, Alagic e Kubura*,⁶⁵ o Tribunal da Iugoslávia considerou que o elemento material e subjetivo do costume deveriam ser considerados para análise da responsabilidade de comando nos conflitos armados internos.

Entretanto, no caso de uma norma sem prática estatal relevante, o TPII também se apoiava na *opinio juris*, quando suficientemente estabelecida, como forma de assegurar a existência do costume. Contudo, Arajärvi (2014, p. 84,85) argumenta que a centralização no elemento subjetivo pode criar incertezas sobre o seu entendimento nos tribunais ao mesclar considerações morais com normas positivas de DIC, devendo haver cautela para não transformar o Direito em normas de valores, pois havendo a expansão da definição da *opinio juris* deverá haver prática estatal que a sustente.

Em *Kupreskic*, o TPII ressaltou o papel da *opinio juris* em detrimento da prática estatal como essencial na formação do Direito Internacional Humanitário, destacando que:

[a] *opinio necessitatis*, cristalizando como um resultado dos imperativos da humanidade ou consciência pública, pode tornar a ser um elemento decisivo no prenúncio da emergência de uma regra geral ou princípio do Direito

⁶³ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. Case n° IT-96-22-A, Appeals Chamber, 7 Oct. 1997. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 49, 55.

⁶⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Case n° IT-96-22-A, Appeals Chamber, 7 Oct. 1997. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 19 e 21.

⁶⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Hadzihasanovic, Alagic and Kubura**. Case n° IT-01-47-AR72. Decision on Interlocutory Appeal challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm. Acesso em: 15 mar. 2022. para 27 e 31.

Internacional Humanitário (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2000, p. 207-208, tradução nossa).⁶⁶

Van Den Herik (2016, p. 238) comenta a inovação desse julgamento em relação ao papel do costume no Direito Penal Internacional, desconsiderando a prática e o consentimento estatal, e exercendo uma liberalidade ainda maior que o próprio costume moderno ao considerar somente a *opinio juris* como ponto de partida para a análise do costume.

No caso *Krstić*,⁶⁷ o TPII buscava aplicar a definição de genocídio segundo o DIC. Para tanto, a Câmara de Julgamento se referiu à Convenção de Genocídio, à jurisprudência do TPIR, ao Relatório da CDI sobre o Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade e ao trabalho de comitês internacionais. Além disso, a Câmara analisou o Projeto de Texto da Comissão Preparatória para o estabelecimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) que, apesar de ter sido elaborado posteriormente à ocorrência dos atos do caso, foi considerado como um documento essencial para a evidência de *opinio juris* devido à participação de todos os Estados, signatários ou não. Em relação à responsabilidade penal individual pelo genocídio, o Tribunal considerou que o status do DIC não estava claro no tocante à questão do acusado ter como objetivo a destruição total ou parcial do grupo ou ser esta considerada como uma mera consequência do genocídio. O TPII, entretanto, concluiu que o genocídio deveria englobar a destruição como objetivo inerente.⁶⁸

Como afirma Arajärvi (2014, p. 89), apesar do método da predominância da *opinio juris* não ser dominante na jurisprudência do TPII, verifica-se a sua utilização na ausência de prática estatal. Além disso, os dois elementos do costume nem sempre se revelam de forma nítida. Baker (2010, p. 204) considera que a degeneração da

⁶⁶ No original: “[...] *opinio necessitatis*, crystallising as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law”. (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Kupreskic et al.** Case n° IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 jan. 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2020).

⁶⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Radislav Krstic.** Case n° IT-98-33-T. Trial Chamber, Judgment, 02 Aug. 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 541.

⁶⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Radislav Krstic.** Case n° IT-98-33-T. Trial Chamber, Judgment, 02 Aug. 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 571.

prática e *opinio juris* pode acarretar a formação de normas internacionais contraditórias e problemáticas, refletindo no Direito doméstico. Contudo, compartilhamos do entendimento de Arajärvi (2011, p. 21) de que não há a degeneração dos elementos do costume, mas sim a sua redefinição, levando ao desenvolvimento e evolução do DIC.

O Tribunal da Iugoslávia também utilizava o método dedutivo, apoiando-se em tratados e na legislação doméstica como meio de evidência de prática e *opinio juris* (ARAJÄRVI, 2014, p. 89). Em *Krstić*, o Tribunal considerou que os artigos 57 e 58 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra,⁶⁹ que dispõem sobre o princípio da proporcionalidade e meios discriminatórios nos ataques, integram o DIC, pois além de estabelecerem normas preexistentes, não são contestados por nenhum Estado, não havendo, portanto, *opinio juris* contrária.⁷⁰

No caso *Hadzihasanovic*, o TPII analisou se a destruição parcial de propriedade se enquadrava no artigo 3º do Estatuto do Tribunal ⁷¹ que dispunha sobre as violações das leis e costumes de guerra e se integrava o DIC. A Câmara afirmou que a prática dos Estados deveria ser levada em consideração. Todavia, somente listou códigos penais militares de alguns países conforme um estudo do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e concluiu que a destruição de propriedade somente é permitida quando há necessidade militar, sendo esta uma regra integrante do DIC.⁷² Contudo, nesse caso, o Tribunal não se respaldou na prática estatal apoiada pela *opinio juris*,

⁶⁹ BRASIL. Decreto nº 849 de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional aplicável aos conflitos armados. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁷⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Radislav Krstić**. Case nº IT-98-33-T. Trial Chamber, Judgment, 02 Aug. 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 524.

⁷¹ UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. May, 1993. Disponível em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁷² INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Enver Hadžihasanović Amir Kubura**, Case nº IT-01-47-T. Trial Chamber Judgment, 15 Mar. 2006. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tjug/en/had-judg060315e.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. para. 44.

mas somente embasou a formação do costume segundo os códigos nacionais militares (ARAJÄRVI, 2014, p. 96).

Ademais, o TPII recorria à sua própria jurisprudência e de outros tribunais para determinar a existência do costume. Entretanto, não a utilizava de forma elaborada para justificar a formação da norma costumeira. Nesse sentido, em *Kupreskic*, o Tribunal afirmou que decisões judiciais, apesar de serem fontes subsidiárias na determinação de regras de Direito, podem servir como evidência da prática internacional e *opinio juris*.⁷³ O TPII, nesse caso, não analisou os elementos do costume nas decisões judiciais, mas meramente se referiu à “prática internacional”, afastando a abordagem centralizada no Estado no Direito Internacional (ARAJÄRVI, 2014, p. 100).

O TPII também utilizou a sua jurisprudência no caso *Krstic*,⁷⁴ em que afirmou que atos persecutórios também incluem a negação de direitos fundamentais não estabelecidos no seu Estatuto, desde que tenham a mesma gravidade. Além disso, a sua própria jurisprudência ressalta que atos discriminatórios considerados como persecutórios devem ser analisados dentro de um contexto. Dessa forma, atos individuais podem não ser considerados desumanos isoladamente, mas podem gerar consequências que afetem toda a humanidade.⁷⁵

Todavia, enquanto o Estatuto do TPII estabelecia a punição às graves violações das Convenções de Genebra, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a

⁷³ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Kupreskic et al.** Case n° IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 jan. 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2020. para. 540.

⁷⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Radislav Krstic.** Case n° IT-98-33-T. Trial Chamber, Judgment, 02 Aug. 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. para. 535.

⁷⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Kupreskic et al.** Case n° IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 jan. 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2020. para. 622.

humanidade,⁷⁶ o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁷⁷ aplicava-se ao genocídio, crimes contra a humanidade e violações ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e Protocolo Adicional II. Havia, entretanto, uma diferença essencial em relação ao costume e ao princípio da legalidade entre os dois tribunais (MERON, 2011, p. 39). O conflito em Ruanda caracterizava-se por ser não internacional e o país era parte das Convenções de Genebra⁷⁸ e dos Protocolos Adicionais I e II,⁷⁹ não tornando, assim a aplicação do DIC especialmente controversa devido à primazia dos tratados (SCHLÜTTER, 2010, p. 181). Dessa forma, a jurisprudência sobre o costume do Tribunal de Ruanda apoiava-se basicamente nas decisões do TPII (ARAJÄRVI, 2014, p. 58). Contudo, o próprio TPIR contribuiu para elucidações do DIC como no caso *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*, em que concluiu que o discurso do ódio violava o DIC.⁸⁰

Assim como o TPII, o Tribunal de Ruanda utilizava instrumentos jurídicos internacionais para a determinação do DIC. Em relação aos crimes contra a humanidade, o TPIR analisou o caráter costumeiro dos critérios “amplo e sistemático” em um ataque. Como afirmado em *Kamuhanda*,⁸¹ as versões em francês e inglês do Estatuto do TPIR não eram coincidentes. Enquanto a versão em francês considerava

⁷⁶ UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. May, 1993. Disponível em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020. Art. 2-5.

⁷⁷ UNITED NATIONS. Security Council. **Statute of the International Tribunal for Rwanda**, UNDoc.S/RES/955, Nov. 1994. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994)). Acesso em: 21 fev. 2020. Art. 2-4.

⁷⁸ As quatro Convenções de Genebra: I Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha; II Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; III Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; IV Convenção relativa a proteção dos civis em tempo de guerra.

⁷⁹ BRASIL. Decreto nº 849 de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional aplicável aos conflitos armados. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze**. Case nº 99-52-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 03 Dec. 2003. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict99-52/trial-judgements/en/031203.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021. p. 352.

⁸¹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda**. Case nº ICTR-99-54A-T. Trial Chamber II, Judgment, 22 Jan. 2003. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-99-54A/MS50236R0000542264.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2022. para. 662.

a expressão “amplo e sistemático”, a correspondente versão em inglês utilizava “amplo ou sistemático”. Todavia, a versão inglesa se coadunava mais com a prática dos tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda e com o DIC. Nesse sentido, ao analisar o caráter consuetudinário do ataque, o TPIR declarou em *Kayishema e Ruzindana*⁸² que bastaria que o critério amplo ou sistemático do ataque fosse alcançado. Entretanto, para o tribunal, o DIC requer que crimes contra a humanidade sejam derivados de uma ação do Estado conforme estipulado pelo Projeto de Codificação de Crimes da CDI. Todavia, apesar do TPIR considerar que o Projeto refletia normas costumeiras, tal posição deve ser vista com cautela, pois a CDI tem como objetivo o desenvolvimento do DIC, e como reiterado por Schlütter (2010, p. 261), a sua mera referência não deve ser vista como fator determinante para a existência de uma regra consuetudinária.

Em relação à identificação das normas costumeiras, o TPIR adotava principalmente uma abordagem pragmática, analisando as peculiaridades de cada caso concreto, denominando-a “abordagem do senso comum” (SCHLÜTTER, 2010, p. 267). Em *Semanza*,⁸³ o Tribunal afirmou que no tocante à responsabilidade penal internacional no crime de extermínio, somente a conduta intencional deveria ser considerada, não havendo autoridade expressa estipulada no Estatuto ou no DIC. Contudo, já em *Bagilishema*⁸⁴ e em *Kayishema e Ruzindan*,⁸⁵ o TPIR declarou que a conduta negligente também deveria ser levada em consideração.

Da mesma forma que a CIJ e o TPII, o Tribunal de Ruanda também utilizava o método dedutivo para a identificação das normas consuetudinárias. Em *Rwamakuba*,⁸⁶ o

⁸² INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana**. Case n° ICTR-95-1-T. Trial Chamber II, Judgment, 21 May 1999. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01/MS17800R0000620215.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2022. para. 124-125.

⁸³ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Laurent Semanza**. Case n° ICTR-97-20-T. Trial Chamber III, Judgment, 15 May 2003. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-20/MS13183R0000540690.PDF>. Acesso em: 20 mar. 2022. para. 341.

⁸⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Ignace Bagilishema**. Case n° ICTR-95-1A-T. Trial Chamber I, Judgment, 7 June 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>. Acesso em: 20 mar. 2022. para. 89.

⁸⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana**. Case n° ICTR-95-1-T. Trial Chamber II, Judgment, 21 May 1999. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01/MS17800R0000620215.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2022. para. 124-125.

⁸⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. André Rwamakuba**. Case n° ICTR-98-44-AR72.4. Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of

Tribunal ressaltou a importância da Declaração da Assembleia Geral da ONU sobre a repressão do crime de genocídio, destacando o caráter consuetudinário da sua proibição. Entretanto, ao comparar as abordagens da CIJ e dos tribunais da Iugoslávia e Ruanda, observa-se que os tribunais *ad hoc* recorriam mais frequentemente nas suas decisões aos instrumentos internacionais e à jurisprudência, apoiando-se nos dois elementos do costume somente na insuficiência de fontes internacionais. Além disso, apesar do entendimento tradicional considerar que a prática internacional, por si só, não poderia diretamente evidenciar, mas somente indicar a existência da norma costumeira, os tribunais a consideravam suficientemente adequada para determinar a existência de uma norma de DIC (SCHLÜTTER, 2010, p. 277-278). Todavia, mesmo que o entendimento da CIJ seja divergente em relação à metodologia aplicada pelos tribunais *ad hoc*, tal fato não afeta a formação de novas normas consuetudinárias ou a sua interpretação (ARAJÄRVI, 2011, p. 5).

Analisando os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, os tribunais *ad hoc* contribuíram para uma concepção renovada do DIC. É interessante ressaltar que, segundo os tribunais, o elemento subjetivo poderia ser fundamentado em outras entidades além do Estado, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), uma organização não governamental (ONG) independente e neutra com fins de promover as leis que protegem as vítimas da guerra (FRULLI, 2015, p. 90-91).

Contudo, os tribunais *ad hoc* também contribuíram para a moralização do Direito Internacional, colocando o elemento da humanidade como um dos seus pilares (FRULLI, 2015, p. 91-92). Segundo Cassese (2005, p. 160-161), a prática e *opinio juris* exercem um papel diferente no Direito Internacional Humanitário (DIH) devido à Cláusula Martens,⁸⁷ que tem como objetivo proteger a população civil e os

Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 Oct. 2004. Disponível em: http://www.worldcourts.com/ictj/eng/decisions/2004.10.22_Prosecutor_v_Rwamakuba.htm. Acesso em: 20 mar. 2022. para. 14-16.

⁸⁷ A Cláusula Martens foi inicialmente inserida no preâmbulo da Convenção de Haia de 1899 e dispunha que: "Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience [...]." (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Treaties, State Parties and Commentaries. Convention (II) with respect to the Laws and Customs of War on Land**. The Hague, 29 July 1899. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=9FE084CDAC63D10FC12563CD00515C4D>. Acesso em: 27 mar. 2022.).

combatentes nos conflitos armados, equiparando as “leis da humanidade” e os “ditames da consciência pública” à prática estatal e os colocando como fontes históricas dos princípios do Direito Internacional. Desse modo, pode-se inferir que o requisito da prática estatal seja minimizado e, como consequência, o papel da *opinio juris* ressaltado.

Nesse sentido, constata-se que os tribunais *ad hoc* utilizaram métodos tradicionais e inovadores para a interpretação do DIC. Arajärvi (2011, p. 19) argumenta que os tribunais, ao declararem a existência de uma norma consuetudinária na ausência de prática estatal uniforme e consistente, contrariaram o próprio costume, criando uma norma pré-costumeira, que eventualmente poderia integrar o DIC. Por outro lado, ao refutar o papel do Direito Internacional nos tribunais e limitá-lo aos Estados seria negar a sua própria realidade jurídica.

O Direito Internacional Consuetudinário também apresenta relevância no Tribunal Penal Internacional, embora em menor medida do que nos tribunais *ad hoc* devido à sua estrutura normativa mais elaborada. (VAN DEN HERIK, 2016, p. 240). O Estatuto do TPI⁸⁸ não menciona o DIC expressamente, mas a alínea b do nº 1 do art. 21 refere-se aos “princípios e normas de Direito Internacional”, servindo como uma fonte secundária aos elementos constitutivos do crime e regulamento processual (VAN DER WILT, 2019, p. 784-785). Diversamente do art. 38 do Estatuto da CIJ, o art. 21 do TPI⁸⁹ estabelece uma hierarquia formal entre as fontes do Direito, priorizando a

⁸⁸ BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Art.10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸⁹ Art 21: “1. O Tribunal aplicará a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados; c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos. 2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores. 3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.” (BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020).

aplicação do seu Estatuto. Tal primazia foi confirmada no caso *Katanga*,⁹⁰ em que a Câmara afirmou que os meios secundários devem ser aplicados somente quando houver lacuna nos dispositivos do seu Estatuto, podendo o tribunal, nesse caso, se referir ao costume internacional e à jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, dentre outros. Nesse sentido, o Tribunal reiterou em *Bemba Gombo*⁹¹ que poderá recorrer a outras fontes do Direito no caso de lacuna e como forma de interpretação do seu Estatuto, reconhecendo, assim, o costume internacional e ampliando o recurso à jurisprudência de outras cortes e tribunais internacionais com o intuito de auxiliar os juízes na identificação das normas costumeiras. Entretanto, a abordagem da alínea a, que estabelece a primazia do Estatuto, e da alínea b do número 1 do art. 21, que estipula as suas fontes secundárias, deverão ser utilizadas conforme o caso concreto.

Ademais, Pocar afirma que (2018, p. 183), segundo o disposto no parágrafo 3º do art. 21,⁹² os tratados e os direitos humanos consuetudinários teriam primazia em relação aos dispositivos gerais das cortes domésticas, podendo acarretar amplas consequências devido à estreita conexão entre os direitos humanos e o direito penal internacional

O TPI, entretanto, afirmou que para o costume internacional ser aplicado dois requisitos são necessários:

[...] haver uma lacuna na lei escrita contida no Estatuto, nos Elementos dos Crimes e nas Regras; e (ii) tal lacuna não poderá ser preenchida conforme a aplicação do critério de interpretação disposto nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁹³ e no artigo 21 (3) do

⁹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Germain Katanga**. Case nº ICC- 01/04-01/07, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 07 Mar. 2014. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_04025.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022. para. 39 e 47.

⁹¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case nº ICC - 01/05-01/08, Trial Chamber III, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 21 Mar. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022. para. 78-79.

⁹² Art 21.3: “A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.” (BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020).

⁹³ BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 03 de maio 2021. Arts. 31 e 32.

Estatuto (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2009, para. 44, tradução nossa).⁹⁴

Conforme esse entendimento, o DIC deve ser primariamente observado como um método interpretativo para preencher uma lacuna da lei. Caso não seja possível, o recurso à aplicação direta da norma costumeira poderia, então, ser invocado. Segundo Bufalini (2015, p. 239-240), ao avaliar a aplicação da norma costumeira, deve-se analisar o contexto no qual a norma de DIC será inserida, como a sua coerência com os dispositivos do Estatuto e a sua adequação dentro do sistema normativo.

Já o artigo 10⁹⁵ do Estatuto do TPI estabelece sua relação externa com as outras fontes do Direito Internacional com fins de não haver limitação nas suas progressivas codificações. Além disso, o artigo serve como referência aos agentes externos, como tribunais *ad hoc*⁹⁶ e cortes domésticas, em relação à interpretação do costume dada pelo TPI (VAN DEN HERIK, 2016, p. 240-241). Nesse sentido, o próprio Tribunal da Iugoslávia afirmou que o Estatuto de Roma reflete a *opinio juris* dos Estados e deve ser levado em consideração no tocante à formação e esclarecimento das normas costumeiras.⁹⁷

Ao identificar o costume, Meron (2006, p. 420-421) argumenta que o TPI deve adotar abordagens cautelosas, sempre se pautando pelo princípio da legalidade. O autor observa que o Tribunal terá que analisar o direito costumeiro em algumas situações,

⁹⁴ No original: “[...] (i) there is a lacuna in the written law contained in the Statute, the Elements of Crimes and the Rules; and (ii) such lacuna cannot be filled by the application of the criteria of interpretation provided in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties and article 21(3) of the Statute.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 04 Mar. 2009. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF. Acesso em: 20 maio 2022.).

⁹⁵ Art 10: “Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.” (BRASIL. Decreto n° 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020).

⁹⁶ O TPII, por exemplo, no caso *Kupreskic*, explicitamente referenciou o art. 10 do Estatuto do TPI no sentido de não limitar a definição dos crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Kupreskic et al.** Case n° IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 jan. 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2020. para. 580.

⁹⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Anto Furundzija**, Case n° IT-95-17/1-T. Trial Chamber, Judgment, 10 Dec. 1998. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022. para. 227.

como no caso da alegação do réu de que o dispositivo no qual é acusado não integra o DIC, estando sujeito à legislação *ex post facto*. Desse modo, o TPI analisará se o ato no qual o réu é acusado constituía-se em uma infração quando cometido, esclarecendo o caráter costumeiro de dispositivos específicos. Assim, analisando o princípio da legalidade estabelecido no art. 22 do seu Estatuto, o TPI afirmou que não poderá adotar uma definição que amplie a definição dos crimes, mas poderá utilizar outras fontes do Direito para afirmar o conteúdo de determinadas condutas⁹⁸ e estabelecer conceitos não completamente definidos, mas esclarecidos pelo DIC tais como conflitos armados internacionais ou conflitos armados internos.⁹⁹ Assim, o Tribunal considerou a definição estabelecida pelo Tribunal da Iugoslávia no caso *Tadic* em relação a esses conflitos.¹⁰⁰ O próprio Estatuto do TPI referenciou expressamente o costume em relação aos conflitos armados,¹⁰¹ ressaltando a sua importância no Direito Internacional Humanitário (BUFALINI, 2015, p. 243). Assim, o DIC poderá ser utilizado independentemente da existência de uma lacuna nessa área.¹⁰²

Além disso, o TPI poderá aplicar retroativamente o seu Estatuto em relação a fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, mas antes da ratificação ou declaração da aceitação da sua competência.¹⁰³ Dessa forma, os indivíduos estariam sujeitos também às normas costumeiras. Ademais, a aplicação do DIC também será necessária em casos ocorridos em um Estado que não seja parte do Estatuto, não

⁹⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case nº ICC - 01/05-01/08, Trial Chamber III, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 21 Mar. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022. para. 83.

⁹⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case nº ICC - 01/05-01/08, Trial Chamber III, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 21 Mar. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022. para. 85.

¹⁰⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**. Case nº ICC- 01/04-01/06, Trial Chamber I, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 14 Mar. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022. para. 533-534.

¹⁰¹ BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020. Art 8.2 (b) e (e).

¹⁰² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Bosco Ntaganda**. Case nº ICC-01/04-02/06 OA5. The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. Hague, 15 June 2017. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF. Acesso em: 26 maio 2022. para 53.

¹⁰³ BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Art.13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020. Art. 11.2.

sendo também o réu cidadão de um Estado parte, como no caso de denúncia do Conselho de Segurança ao procurador conforme estipulado pela alínea b do art. 13 do Estatuto.¹⁰⁴

Em relação aos elementos subjetivos nos crimes internacionais, o art. 30 do Estatuto estabelece a regra geral de que, “salvo disposição em contrário”, os crimes devem ser cometidos com intenção e conhecimento.¹⁰⁵ Conforme Jessberger e Werle (2005, p. 55), a referida expressão indica que o Estatuto poderá também ser interpretado conforme os elementos do crime ou o DIC. Entretanto, Bufalini (2015, p. 244-245) considera que tal abordagem resultaria em uma inversão da hierarquia da primazia do art. 21, tornando a aplicação do referido artigo relevante somente na ausência das normas consuetudinárias, devendo preferencialmente considerar os elementos psicológicos estabelecidos pelo Estatuto. Dessa forma, o autor considera que o art. 30 não apresenta uma lacuna a ser preenchida por outras fontes do Direito, mas deve-se recorrer aos diferentes padrões dos elementos subjetivos estabelecidos no Estatuto. Nesse sentido, entendemos que conforme estabelecido no caso *Bemba Gombo*,¹⁰⁶ a primazia continua sendo do Estatuto do TPI e o crime deverá ser cometido intencionalmente segundo os requisitos estipulados pelo art. 30, salvo se o Estatuto ou os elementos do crime estabelecerem outros padrões de conduta.

Por outro lado, em relação à exclusão da responsabilidade penal, o parágrafo 3º do art. 31 do Estatuto¹⁰⁷ faz uma referência aos fundamentos estipulados em

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Art.13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020. Art. 13.

¹⁰⁵ Art. 30.1. Elementos Psicológicos: “Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais” (BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Art.13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.).

¹⁰⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case nº ICC - 01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Hague, 15 June 2009. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF. Acesso em: 13 ago. 2022. para. 353-354.

¹⁰⁷ Art 31.3: “No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.” (BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.)

conformidade com o art. 21, o que inclui o DIC. Assim, o próprio Estatuto ressalta a sua lacuna e as fontes que poderão ser utilizadas para preenché-la. Nesse caso, a aplicação do DIC poderá favorecer o acusado, não contrariando os princípios gerais do Direito Penal e as garantias individuais estabelecidas no Estatuto (BUFALINI, 245-246).

Em relação à identificação dos elementos costumeiros, o TPI adota a abordagem tradicional dos elementos da prática estatal e *opinio juris*. Nesse prisma, no caso da decisão de cooperação com o Malawi em *Al-Bashir*, o Tribunal considerou os dois elementos do costume para a sua conclusão.¹⁰⁸ Entretanto, o TPI também permaneceu silente em relação à sua abordagem em alguns casos, como em *Ntaganda* em que rejeitou a existência da regra consuetudinária sem se referir ao processo de identificação da norma¹⁰⁹ e também no julgamento da Câmara de Apelação do caso *Al-Bashir*,¹¹⁰ em que o TPI concluiu que tanto o DIC quanto o seu Estatuto não consideram os chefes de Estado imunes aos mandados de prisão expedidos pelo tribunal, não identificando a prática estatal e a *opinio juris* nesse sentido. Segundo o TPI, caberia ao reclamante demonstrar a existência de normas costumeiras em relação à alegada imunidade. O Tribunal, portanto, aplicou a sua própria metodologia para solucionar a questão (HAKIMI, p. 1510, 2020).

Analisando a jurisprudência dos tribunais penais internacionais, verifica-se que, assim como a CIJ, não apresenta um rigor em relação aos métodos utilizados para a identificação do DIC, recitando os seus dois elementos, mas os aplicando de outra forma. Nesse sentido, não distinguem a prática estatal da *opinio juris* ou esclarecem

¹⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09. Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Hague, 12 Dec. 2011. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_21722.PDF. Acesso em: 26 maio 2022. para. 39-42.

¹⁰⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Bosco Ntaganda**. Case n° ICC-01/04-02/06 OA5. The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. Hague, 15 June 2017. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF. Acesso em: 26 maio 2022. para. 56-66.

¹¹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, 06 May 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF. Acesso em: 03 jul. 2021. p. 59-60.

as suas evidências. Além disso, não investigam a prática estatal e tendem a ressaltar o elemento subjetivo nas suas decisões (TAN, 2018, p. 104).

Entretanto, após um período de preponderância da jurisprudência sobre o costume na década de 1990 com os tribunais *ad hoc*, a codificação dos crimes no Estatuto do TPI e a maturação do Direito Penal Internacional tornaram o recurso ao costume menos necessário. Contudo, Burke-White e Slaughter (2006, p. 327) afirmam que o futuro do Direito Penal Internacional se encontra na esfera doméstica. Sendo assim, as cortes domésticas poderão recorrer ao DIC e contribuir para o seu desenvolvimento, tornando a identificação das regras costumeiras de Direito Penal Internacional um exercício de Direito Internacional Comparado (VAN DEN HERIK, 2016, p. 251-252).

3.3 Tribunais Arbitrais

Em relação aos tribunais arbitrais, apesar de suas decisões não serem consideradas como fontes formais do Direito Internacional, não se constituindo em evidências de prática estatal e *opinio juris*, desempenham um relevante papel no tocante à contribuição da formação, desenvolvimento e evolução da norma consuetudinária (DUMBERRY, June 2016, p. 269). Dessa forma, a reiteração dessas decisões poderá evidenciar o surgimento de uma norma costumeira (REISMAN, 2015, p. 622), embora os seus precedentes não sejam obrigatórios. Nesse sentido, Alvarez (2009, p. 46-47) ressalta a importância das decisões arbitrais ao evidenciar os elementos do costume. Roberts (2010, p. 189, 194) também enfatiza a função de interpretação dada pelas Partes dos tratados aos tribunais arbitrais na resolução de disputas. Para a autora, há um diálogo interativo entre os Estados Partes e o tribunal, à medida que aqueles produzem a prática estatal que é levada em conta pelo tribunal, e, por outro lado, as sentenças dos tribunais também influenciam a prática dos Estados.

Entretanto, os tribunais geralmente não revelam a existência de uma norma costumeira (DUMBERRY, June 2016, p. 281). Hirsch (2012, p. 20) afirma que os tribunais arbitrais que se pronunciam sobre o DIC tendem a ignorar a discussão sobre a sua existência e se apoiam basicamente nas decisões de outras cortes e tribunais internacionais. Como observa Fauchald¹¹¹ (2008, p. 310-313), apesar dos tribunais

¹¹¹ Dentre as 98 decisões arbitrais analisadas em um estudo realizado por Fauchald (2008, p. 310) entre 1998 e 2006, 34 utilizaram o Direito Internacional Consuetudinário como uma base jurídica separada.

arbitrais do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID) utilizarem o DIC em cerca de um terço das suas decisões, nenhum deles avaliou a existência da regra costumeira. A maior contribuição dessas decisões está relacionada à elucidação do conteúdo das normas de DIC, embora ainda apresentem uma limitada fundamentação.

Sobretudo em relação às fontes do Direito Internacional, os tribunais arbitrais têm reconhecido a relevância da jurisprudência da CIJ (PELLET, 2013, p. 230-231). No caso *United Parcel Service of America*, o tribunal declarou que para a formação do costume, os seus dois elementos deveriam ser identificados conforme a análise da jurisprudência da Corte.¹¹² Por outro lado, no que tange aos investimentos estrangeiros, os tribunais arbitrais utilizam a jurisprudência dos tribunais de investimentos devido à escassa prática da CIJ nessa área.

Nesse sentido, o tribunal em *Mondev*¹¹³ ressaltou a relevância da jurisprudência dos tribunais arbitrais em relação ao conceito de tratamento justo e equânime, destacando a existência de uma profusão de tratados nessa área. Para o tribunal, a vasta jurisprudência vinculava os Estados ao provimento de tal tratamento aos investimentos estrangeiros, evidenciando o elemento subjetivo do costume moderno. Posteriormente, no caso do Grupo *ADF*,¹¹⁴ o tribunal reiterou essa decisão.

No tocante à aplicação da norma consuetudinária nos tratados, as decisões arbitrais geralmente utilizam o DIC conforme estabelecido no momento da sua decisão, salvo estipulação em contrário (FAUCHALD, 2008, p. 311-312, 324). Nesse sentido, no caso *Tecmed*,¹¹⁵ o tribunal afirmou que a norma consuetudinária não deveria ser considerada de forma estática, e sim evolutiva. Assim, os tratados podem codificar, especificar e derrogar a norma costumeira. A maior parte dos tratados, entretanto, não

¹¹² ITALAW. **United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada**. Nov. 2002. ICSID Case n° UNCT/02/01. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 2.

¹¹³ ITALAW. **Mondev International Ltd. v. United States of America**. Oct. 2002. ICSID Case n° ARB (AF)/99/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/716>. Acesso em: 28 abr. 2021. ara. 27-29.

¹¹⁴ ITALAW. **ADF Group Inc. v. United States of America**. 2003. ICSID Case n° ARB (AF)/00/1. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 280.

¹¹⁵ ITALAW. **Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. The United Mexican States**. May 2003. ICSID Case n° ARB (AF)/00/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022. para. 116.

se refere à sua relação com o DIC. Todavia, a alínea c do n° 3 do art 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹¹⁶ utiliza o termo “Direito Internacional”, englobando, dessa forma, o Direito Internacional Consuetudinário.¹¹⁷

Contudo, o Tratado de Livre Comércio entre a Coréia e Singapura ressaltou a importância do DIC ao estabelecer que poderia ser interpretado conforme as suas normas.¹¹⁸ Nesse sentido, o tribunal arbitral do sistema ICSID no caso *Sempra*¹¹⁹ destacou a relevância dos tratados para a formação da norma costumeira ao declarar que os tratados podem constituir prática e *opinio juris* suficientes para a formação da norma consuetudinária.

No caso *Mihali*,¹²⁰ o tribunal do ICSID afirmou que não havendo uma definição de “investimento” na sua Convenção, a prática do ICSID e dos Estados verificada nos tratados deveria ser considerada para a sua determinação pelo tribunal, especialmente o Tratado Bilateral de Investimento (BIT) concluído entre os Estados Unidos e o Sri Lanka.

Em relação às cláusulas que incluem o tratamento justo e equânime, os tribunais arbitrais poderão aplicar o DIC quando assim estipulado ou quando houver lacuna (FAUCHALD, 2008, p. 309). Entretanto, as referidas cláusulas são geralmente estipuladas nos Tratados Bilaterais de Investimento de forma independente, sem referência ao Direito Internacional ou ao padrão mínimo de tratamento conforme o DIC (DUMBERRY, 2016, p. 359). Todavia, Estados demandados nos tribunais arbitrais, especialmente os sul-americanos, têm adotado a posição de que essas cláusulas

¹¹⁶ BRASIL. Decreto n° 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 03 de maio 2021. Art. 31.3 (c).

¹¹⁷ Segundo o estudo de Fauchald (2008, p. 324), os tribunais arbitrais do ICSID utilizaram o DIC de forma interpretativa em 24 entre as 98 decisões analisadas.

¹¹⁸ Art. 20.2.5: “The Parties and the arbitral panel appointed under this Chapter shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of the objectives of this Agreement and in accordance with customary rules of public international law.” (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investment Policy Hub. **Free Trade Agreement between The Republic of Korea and Singapore**. Aug. 2005. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2709/download>. Acesso em: 03 jun. 2022.

¹¹⁹ ITALAW. **Sempra Energy International v. the Argentine Republic**. May 2005. ICSID Case n° ARB/02/16. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0768.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 44.

¹²⁰ ITALAW. **Mihali International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka**. Mar. 2002. Case n° ARB/00/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021. p. 158.

devem ser consideradas segundo o DIC, como alegado pela Argentina no caso *EDF*.¹²¹

Contudo, o investidor também poderá basear a sua reivindicação no Direito Internacional Consuetudinário quando a sua proteção for mais abrangente do que a oferecida pelo tratado (PARLETT, 2016, p. 435-436). Dessa forma, em *Accession Mezzanine*,¹²² o reclamante alegou que as normas costumeiras de expropriação eram mais protetoras, assim como o padrão mínimo de tratamento estipulado no tratado referente à obrigação dos Estados de oferecerem um padrão de tratamento comum a todos os estrangeiros dentro do Estado receptor. A evolução do padrão mínimo de tratamento conforme o DIC foi também analisada nos casos *Glamis Gold*,¹²³ *Cargill*¹²⁴ e *Merrill & Ring*.¹²⁵

Nesse prisma, Chimni (2018, p. 10) argumenta que a proliferação dos tribunais internacionais, especialmente em relação ao Direito Internacional do Investimento, enseja a necessidade de uma maior fundamentação da teoria do DIC devido à sua aplicação nessa área, principalmente quanto aos princípios do padrão mínimo de tratamento e à proibição da expropriação sem compensação (DUMBERRY, 2016, p. 406).

Esses princípios tiveram o seu caráter costumeiro questionado pelos países não-europeus, principalmente nas décadas de 1960 e 1970. Países em desenvolvimento alegavam que a falta de consenso obstava a evolução da norma ou tinham a sua eficácia limitada em relação aos que aceitavam a sua existência. Tal oposição levou

¹²¹ ITALAW. **EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A v. Argentine Republic**. June 2012. ICSID Case n° ARB/03/23. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. para. 343.

¹²² ITALAW. **Accession Mezzanine Capital LP and Danubius Kereskedoház Vagyonkezeló Zrt v Hungary**. Jan. 2013. ICSID Case n° ARB/12/3 Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1292.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021. p. 7 e 14.

¹²³ ITALAW. **Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America**. 2009. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 259-260.

¹²⁴ ITALAW. **Cargill, Incorporated v. United Mexican States**. Sept. 2009. ICSID Case n. ARB(AF)/05/Z). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf. Acesso em: 30 Apr. 2021. p. 78.

¹²⁵ ITALAW. **Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada**. ICSID Case n° NCT/07/1. 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 75.

a um enfraquecimento dessas regras, não sendo capazes de oferecer uma proteção jurídica adequada aos investidores estrangeiros e resultando em um declínio das normas de DIC como fonte fundamental (DUMBERRY, 2016, p. 406-407).

Entretanto, durante o início da década de 1990, a emergente globalização e a respectiva mudança de posicionamento dos países em desenvolvimento acarretaram a necessidade de uma maior proteção jurídica aos investimentos estrangeiros com o fim de assegurar o crescimento do desenvolvimento econômico, resultando na conclusão de inúmeros BITs. Com a sua proliferação, os tratados se tornaram a fonte do Direito Internacional predominante na proteção dos investimentos (DUMBERRY, 2016, p. 407).

Por outro lado, os BITs vinculam apenas as suas partes, enquanto o DIC, em regra, vincula todos os Estados, excetuando-se somente o objeto persistente. Nesse sentido, as normas consuetudinárias na área de investimento podem ser invocadas por qualquer investidor estrangeiro, independentemente do seu Estado de origem ter concluído um BIT com o Estado receptor de investimentos. Além disso, esses tratados também podem fazer uma referência expressa ao DIC, como no caso do BIT celebrado entre o Canadá e o Peru.¹²⁶ Desse modo, os tribunais arbitrais, quando solicitados, devem determinar o conteúdo da norma costumeira (DUMBERRY, 2016, p. 354).

Todavia, é interessante observar que o BIT concluído entre o Canadá e a China utiliza o termo “Direito Internacional” e não “padrão mínimo de tratamento de estrangeiros segundo o Direito Internacional Consuetudinário”,¹²⁷ como geralmente utilizado nos BITs, embora o artigo se refira à prática geral dos Estados conforme o Direito. No entendimento da China, o termo costume foi desenvolvido pelos países ocidentais sem a sua participação (DUMBERRY, 2016, p. 358). Dessa forma, o Acordo de Livre

¹²⁶ Art 5.1: “Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security.” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Foreign Trade Information System. **Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the promotion and protection of investments**. Nov. 2006. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN_Peru_e.asp. Acesso em: 03 jun. 2022.

¹²⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investment Policy Hub. Bilateral Investment Treaties. **Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**. Vladivostok, Sept. 2012. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>. Acesso em: 03 jun. 2022. Art. 4°.

Comércio entre a China e a Nova Zelândia também utiliza o termo “Direito Internacional” para o tratamento justo e equânime.¹²⁸

Entretanto, Dumberry (2016, p. 403-405) alega que não se pode afirmar que as normas consuetudinárias para os investidores estrangeiros sejam contrárias aos interesses dos países em desenvolvimento, mesmo que tais normas tenham sido originalmente construções ocidentais. Desse modo, a fórmula Hull, por exemplo, que foi adotada pelos países desenvolvidos ocidentais, exigindo uma compensação pronta, adequada e efetiva na expropriação, apesar de ter sido rejeitada pelos países em desenvolvimento, atualmente tem sido também adotada por eles nos seus BITS.¹²⁹ Além disso, o autor argumenta que há poucas normas costumeiras cristalizadas referentes à arbitragem Investidor-Estado, tais como o padrão mínimo de tratamento, e a proibição contra a expropriação sem compensação, mas que exercem um importante papel na arbitragem. Assim, afirma que a regra do objetor persistente não deveria ser utilizada por tribunais arbitrais em relação a uma regra costumeira, pois permitiria ao Estado objetor a não aplicação do padrão mínimo de tratamento para a proteção dos investidores estrangeiros, baseando somente no seu próprio interesse, além de também permitir a expropriação da propriedade estrangeira sem a devida compensação.

Contudo, a regra do objetor persistente foi analisada pelo tribunal arbitral no caso *BG Group*,¹³⁰ que decidiu pela sua desconsideração conforme a alegação do *BG Group* de que o Reino Unido tinha sido um objetor persistente em relação ao dispositivo da “necessidade” estabelecido pelo art. 25 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados da CDI (UNITED NATIONS, 2001). Também no caso *Grand River*,¹³¹ a regra do objetor não foi considerada pelo tribunal.

¹²⁸ MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA. **Free Trade Agreement Between The Government of the People’s Republic of China And The Government of New Zealand**. Beijing, Apr. 2008. Disponível em: <http://images.mofcom.gov.cn/gjs/accessory/200804/1208158780064.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. Art 143.1.

¹²⁹ Segundo um estudo da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2007, p. 52), a maior parte dos BITS se refere à cláusula Hull, tendo os países em desenvolvimento mudado a sua posição nos últimos 20 anos com o intuito de atrair mais investimentos.

¹³⁰ ITALAW. **BG Group Plc. v. The Republic of Argentina**. Dec. 2007. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. para. 400, *footnote* 328.

¹³¹ ITALAW. **Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al v. United States of America**. Jan. 2011. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. para. 209-210.

Por outro lado, o tribunal arbitral considerou a referida regra no caso *Daimler*¹³² ao afirmar que o consentimento é necessário a uma norma costumeira e admitindo, portanto, a sua existência na arbitragem.

Pelo exposto, observa-se que o processo de formação e desenvolvimento das normas consuetudinárias na área de investimentos estrangeiros não difere das suas regras gerais (GAZZINI, 2007, p. 691-692). Desse modo, a relevância do DIC permanece nos tribunais arbitrais de investimento, mesmo com a proliferação dos tratados nessa área, aplicando-se às questões não abrangidas pelas convenções, entre Estados que não sejam partes dos tratados e às suas questões interpretativas e lacunas (UNITED NATIONS, 2013, p. 15-16).

3.4 Cortes Domésticas

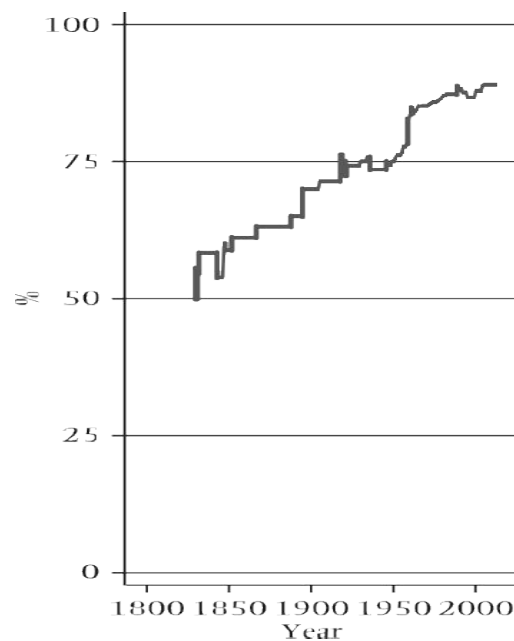
Ao ressaltar o papel das cortes domésticas, Bingham (2005, *Foreword*) afirma que não só devem resolver questões relativas ao Direito Internacional, mas também aplicá-lo quando necessário aos seus casos, intensificando, assim, a interação entre as ordens jurídicas das cortes domésticas e internacionais (TAMS; TZANAKOPOULOS, 2013, p. 534-535). Em relação à aplicação do Direito Internacional na lei doméstica, poderá ser automaticamente incorporado ou transformado, a depender da jurisdição, antes de ser invocado ou aplicado pela corte doméstica. Entretanto, algumas legislações, como a do Reino Unido, adotam abordagens mistas, permitindo, por exemplo, a automática incorporação dos costumes, mas não a dos tratados.

Conforme o Gráfico 1, é possível verificar a crescente aplicação direta do DIC entre os países¹³³ no período compreendido entre os anos 1815 e 2013.

Gráfico 1 – Aplicação direta do Direito Internacional Consuetudinário entre 1815 e 2013

¹³² ITALAW. *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*. ICSID Case n° ARB/05/1. Aug. 2012. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022. *footnote* 310.

¹³³ Foram analisados 101 países dentre europeus, americanos, africanos e asiáticos. (VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 210.).



Fonte: VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 225.

Observa-se, curiosamente, que em praticamente todos os Estados,¹³⁴ o DIC é aplicado diretamente sem implementação legislativa, apesar de ter as suas regras frequentemente contestadas pelos países não-ocidentais, que não tiveram participação na sua formação (VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 225).

Não obstante a adoção da aplicabilidade direta do DIC pela maior parte dos países, as cortes domésticas também se fundamentam em exceções, refutando a sua aplicação (VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 227), como no caso *Jones et al* no Reino Unido, em que a Câmara dos Lordes alegou que os indivíduos não poderiam ser processados criminalmente baseando-se em um costume internacional não implementado pelo Parlamento.¹³⁵

Por outro lado, as cortes domésticas também invocam normas costumeiras com caráter de *jus cogens* para derrogar a legislação nacional, como a Suprema Corte do

¹³⁴ Entretanto, há alguns países, como Argélia, Irã e Sri Lanka, que não aplicam o DIC diretamente nas suas ordens jurídicas internas. Esses países se opuseram ao costume em relação ao Direito Internacional Econômico, como nos limites da expropriação dos investimentos estrangeiros, não aceitando, portanto, o costume como fonte do Direito Internacional e preferindo se referir ao Direito elaborado por instituições internacionais, como a ONU, que consideram mais representativas em relação aos seus interesses (VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 226).

¹³⁵ UNITED KINGDOM. *R v. Jones et al*. House of Lords. Session 2005-6. UKHL 16. Opinions of the Lords of Appeals for judgments. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022. para. 23.

Chile, que determinou que a norma contra a tortura prevaleceria em detrimento da lei de Anistia estabelecida durante o governo Pinochet (REQUA, p. 89-90, 2012). Assim, a interpretação das cortes domésticas ao costume internacional influencia o reconhecimento e a evolução das suas normas (VERDIER; VERSTEEG, 2018, p. 228).

Como aponta Hamster (2018, p. 243-244), a identificação e aplicação das normas costumeiras internacionais coloca o juiz nacional em uma posição complexa por ser considerado, por um lado, o guardião da ordem jurídica nacional (BENVENISTI; DOWNS, 2009, p. 61), mas, por outro, é também um agente¹³⁶ da ordem jurídica internacional, devendo aplicar as suas normas. Apesar das decisões das cortes domésticas serem consideradas somente fatos para a CIJ¹³⁷ e terem o seu papel limitado à constituição da prática estatal e *opinio juris* no DIC,¹³⁸ as suas decisões podem criar o denominado “efeito cascata” em relação à norma costumeira, refletindo em outros Estados (BADR, 1984, p. 135). Como Tams e Tzanakopoulos (2013, p. 536) ressaltam, o limitado impacto formal dado às decisões das cortes não as obstam de exercerem o seu relevante papel quanto à aplicação e desenvolvimento do Direito Internacional.

A importância das decisões das cortes domésticas quanto à identificação do DIC também foi destacada pela Comissão de Direito Internacional (UNITED NATIONS, 2016, p. 32) no que diz respeito às formas de evidência dos elementos constitutivos do DIC¹³⁹ ou como um meio subsidiário de determinação das suas regras conforme

¹³⁶ A expressão “agente do desenvolvimento jurídico” foi inicialmente introduzida por Lauterpacht, e posteriormente adotada por Berman, permitindo a apreciação do papel das cortes no Direito Internacional. Apesar de ter sido utilizada por Lauterpacht para descrever o papel da CPJI, o termo “agente” é adotado em sentido amplo para englobar todos os sujeitos que influenciam no desenvolvimento da ordem jurídica internacional, incluindo, portanto, as cortes domésticas (TAMS; TZANAKOPOULOS, 2013, p. 536).

¹³⁷ No original: “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.” (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Certain German Interests in Polish upper Silesia. Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1926. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AA_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022. p. 19).

¹³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany x Italy, Greece intervening.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. para. 55, 85 e 96.

¹³⁹ O Projeto de Conclusões da CDI de 2018 sobre a identificação do DIC também destacou as decisões das cortes nacionais como formas de prática e *opinio juris* nas Conclusões 6 e 10. (UNITED NATIONS.

estabelecido pela alínea d, do nº 1 do artigo 38 do Estatuto da CIJ.¹⁴⁰ Dessa forma, cortes e tribunais internacionais se referem às decisões das cortes domésticas como forma de estabelecer a norma costumeira.¹⁴¹

Ao analisar a metodologia utilizada pelas cortes domésticas em relação ao DIC, observa-se que geralmente¹⁴² não recorrem a uma análise dos seus dois elementos constitutivos para o estabelecimento da norma costumeira, utilizando de meios subsidiários como tratados e a doutrina tanto do seu país como de países limítrofes. Tal fato, entretanto, poderá gerar incertezas no que tange à legalidade, à precisão e transparência das decisões judiciais devido aos fundamentos insuficientes, ultrapassados e baseados em material puramente doméstico (AMMANN, 2020, p. 279-282).

Ammann (2020, p. 282) ressalta o aspecto circular das decisões das cortes domésticas quanto ao DIC por serem evidência dos elementos do costume e meio subsidiário do estabelecimento da norma e, ao mesmo tempo, se referirem à sua própria prática estatal e *opinio juris* em relação à existência do costume. Para a autora, a circularidade das decisões das cortes no que tange à sua própria prática e a autorreferência em relação à prática do seu próprio Estado derivam do duplo papel que essas decisões possuem, podendo ser consideradas como prática estatal e

International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries.** A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.)

¹⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020. Art. 38 1.d.

¹⁴¹ Como exemplo, a CIJ se referiu às decisões das cortes domésticas em 13 dentre as 64 ordens, julgamentos e opiniões consultivas que analisaram o DIC no período de 31.07.1947 a 31.12.2015. Entretanto, somente em 3 desses casos as decisões das cortes domésticas foram fundamentais para o estabelecimento da norma costumeira, nas demais decisões as cortes domésticas referidas não tiveram relação com o DIC. Já o Tribunal da Iugoslávia se referiu às cortes domésticas em 49 dentre as 81 decisões analisadas até 01.12.2015 com o intuito de se identificar o DIC. Nesse sentido, o Tribunal de Ruanda se referiu em 12 dentre as suas 85 decisões analisadas. Quanto às decisões de mérito proferidas pelas Câmaras de Julgamento e Apelação do TPI até 31.12.2015, somente 1 dentre as 5 analisadas se referiu ao DIC nas cortes domésticas (UNITED NATIONS, 2016, p. 12, 21, 29 e 31).

¹⁴² Contudo, há exceções referentes a rasa análise dos elementos costumeiros pelas cortes domésticas. Como afirma Ammann (2020, p. 280), cortes alemãs e japonesas têm realizado uma análise mais detalhada e profunda nas suas sentenças em relação ao DIC.

também como meio para identificar a prática estatal relevante para a interpretação do Direito Internacional (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2016a, p. 3-4).

Nesse sentido, Roberts (2011, p. 57, 63) também destaca a dualidade das decisões das cortes domésticas como sendo única na doutrina das fontes do Direito Internacional, tendo, segundo a autora, a habilidade para usar “*two hats*” e distinguindo-se de outras práticas adotadas pelos Estados como manuais militares e correspondências diplomáticas, que são somente consideradas como prática estatal e não meios subsidiários.

Dessa forma, Kanetake (2016, p.24-30) alega que as decisões das cortes domésticas podem acarretar modificações no Direito Internacional pela sua prática de aplicação e interpretação das normas jurídicas internacionais por meio de pontos de conexão normativos e conceituais. Os pontos normativos ocorrem quando as cortes domésticas se referem às decisões de cortes de outros Estados por meio de uma comunicação interjudicial, podendo gerar a criação de novas normas internacionais. Já os conceituais seriam a transposição analógica do Direito doméstico e das decisões das suas cortes para o Direito Internacional. Assim, esses pontos de conexão conceituais utilizados pelas cortes domésticas poderiam ser utilizados pelo DIC no plano internacional. Outrossim, o diálogo entre as cortes (NOLLKAEMPER, 2013, p. 524) para fins de interpretação do DIC poderá ser realizado tanto na fase inicial de identificação das normas costumeiras quanto no processo posterior de implementação das suas normas (MILEVA, 2022, p. 464).

Analisando as decisões das cortes domésticas em relação à interpretação do DIC, Ryngaert (2022, p. 488-492) afirma que, na prática, algumas decisões¹⁴³ somente identificam a norma costumeira, não havendo propriamente uma interpretação, o que denomina um “falso positivo”, pois embora a corte utilize o termo interpretação, há

¹⁴³ Exemplificando: UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. Docket n° 06-4800-cv, 06-4876-cv. **Kiobel and ors v. Royal Dutch Petroleum Co. and ors.** New York, 2010. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=17590512216294512273&q=621+F.3d+111+&hl=en&as_sdt=2,7. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 155. UNITED STATES OF AMERICA. **Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.** U.S. District Court for the Southern District of New York. 244 F. Supp. 2d 289. New York, 2003. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/>. Acesso em: 16 jun. 2022. p. 308.

somente a identificação da norma. Além disso, há casos¹⁴⁴ em que as cortes devem interpretar os seus estatutos conforme o DIC, entretanto, interpretam o Direito doméstico à luz do Direito Internacional por meio de uma interpretação consistente¹⁴⁵ e não propriamente segundo o costume internacional, o que também é considerado como “falso positivo”. Essas decisões são baseadas na interpretação do seu próprio estatuto e não do Direito Internacional Consuetudinário. O autor também preconiza a existência de uma interpretação consistente reversa, em que o DIC é interpretado conforme a legislação doméstica, ou seja, no caso de várias interpretações da norma, a interpretação mais favorável ao Direito doméstico é a que prevalece.¹⁴⁶ Contudo, Ammann (2020, p. 322, 282) nos alerta sobre tal abordagem desconsiderar os métodos de interpretação do Direito Internacional, refletindo na qualidade da fundamentação da decisão judicial e na falta de interação da aplicação do DIC com os outros países.

Por outro lado, cortes domésticas também interpretam o DIC propriamente em alguns casos, sobretudo relacionados à imunidade, por ser esta normalmente invocada perante tais cortes e amplamente regulada pelo costume internacional. Ryngaert (2022, p. 492-493) os denomina “verdadeiros positivos”. Merkouris (2017, p. 143) também reitera a possibilidade de interpretação da norma consuetudinária com a existência de pelo menos um único caso e o denomina um “cisne negro” entre a regra geral de “vários cisnes brancos”. Sobretudo em países anglo-saxões, as imunidades

¹⁴⁴ Exemplificando: SOUTH AFRICA. The Supreme Court of Appeal of South Africa. Case n° 867/15. **Minister of Justice and Constitutional Development et al v Southern African Litigation Centre et al.** Judgment. Bloemfontein, Mar. 2016. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2016/17.html>. Acesso em: 19 jun. 2022. para. 62. CANADA. Supreme Court of Canada. **Kazemi Estate and Hashemi v. Islamic Republic of Iran et al.** Judgment. Case n° 35034. Ottawa, Oct. 2014. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14384/index.do>. Acesso em: 19 jun. 2022. para.62.

¹⁴⁵ A interpretação consistente se baseia na interpretação do Direito doméstico conforme o Direito Internacional com o intuito de assegurar o efeito de determinada norma (BETLEM; NOLLAEMPER, 2003, p. 571).

¹⁴⁶ No caso *Canada v. Edelson*, a Suprema Corte de Israel ressaltou que: “[...] from the various possible alternatives offered by customary international law, we may choose the alternative most consistent with the basic principles of international law, on the one hand, and the basic values of Israeli law on the other. Within this framework, we can choose the option, which most restricts state immunity and consequently broadens the scope of the rule of law.” (ISRAEL. Supreme Court of Israel. **Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Edelson et al.** Judgment. Case n° 7092/94. Jerusalem, June 1997. Disponível em: https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Her%20Majesty%20the%20Queen%20in%20Right%20of%20Canada%20v.%20Edelson_0.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022. para. 23.).

são geralmente reguladas por estatutos como o *State Immunity Act*¹⁴⁷ no Reino Unido e o *Foreign Sovereign Immunities Act*¹⁴⁸ nos Estados Unidos, sendo o DIC aplicado conforme os seus estatutos. Contudo, em países europeus, como na Itália, e em países da América Latina, como no Brasil¹⁴⁹ as imunidades derivam da própria norma consuetudinária internacional.

Desse modo, ao analisar a regra consuetudinária da imunidade do Estado, a corte italiana no caso *Ferrini* se deparou com a questão de um nacional requerer a compensação da Alemanha por danos provenientes da deportação e trabalhos forçados durante a Segunda Guerra Mundial baseada nas violações de *jus cogens*, e consistindo, portanto, em uma exceção à regra de imunidade jurisdicional do Estado alemão. Na sua decisão, a corte refutou a aplicação da imunidade estatal baseada no reconhecimento de normas superiores de direitos humanos e fundamentais na ordem jurídica internacional. Segundo a corte italiana, a aplicação de uma norma de DIC não deve ser interpretada isoladamente, mas em integração com outras normas do sistema jurídico internacional.¹⁵⁰ É certo que normas de Direito Internacional devem ser analisadas conjuntamente e há uma proibição para a derrogação de normas de *jus cogens*, no entanto, a questão é se tais normas, por serem consideradas substantivas, podem conflitar com a regra de imunidade do Estado, que é considerada procedimental.¹⁵¹

¹⁴⁷ UNITED KINGDOM. **State Immunity Act 1978**. London, 1978. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33#:~:text=An%20Act%20to%20make%20new,respect%20to%20the%20immunities%20and>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁴⁸ UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Sovereign Immunity Act**. Washington D.C, Oct. 1976. Disponível em: <https://www.congress.gov/94/statute/STATUTE-90/STATUTE-90-Pg2891.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁴⁹ Na legislação brasileira, a única referência ao costume encontra-se estabelecida no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Assim, o DIC é aplicado quando não há dispositivo sobre a matéria em questão, como no caso das imunidades jurisdicionais do Estado. (BRASIL. Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso: 20 ago. 2022.).

¹⁵⁰ ITALY. Supreme Court of Cassation. *Ferrini v. Germany*. Appeal Decision. Case nº 5044/04. Rome, 11 Mar. 2004. Reported by Simonetta Stirling-Zanda. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 19, 2006. F1-F5, 9.1.9.2.

¹⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany x Italy, Greece intervening.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. para. 58, 100.

A questão da exceção à regra consuetudinária da imunidade do Estado também foi analisada pela corte grega no caso *Distomo*¹⁵² que se baseava em uma ação de compensação por danos devidos aos parentes das vítimas do massacre de civis ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial em virtude da ocupação das tropas nazistas alemãs na Grécia. Conforme a decisão da Suprema Corte Grega, a norma consuetudinária em relação aos delitos territoriais afastava a imunidade alemã, independente se tais delitos provinham de atos de império, incluindo crimes contra a humanidade cometidos durante conflitos armados. A referida Corte alegava que os crimes foram desnecessários para a manutenção militar no local e os civis atingidos não tinham nenhuma relação com os conflitos armados, baseando-se, também, na jurisprudência de outras cortes domésticas sobre a matéria em questão. Contudo, tendo em vista a recusa alemã ao pagamento da indenização, os requerentes buscaram a execução de propriedades alemãs na Grécia e o devido reconhecimento e execução nas cortes alemãs e italianas (HAMSTER, 2018, p. 125-126).

Em 2012, a Corte Internacional de Justiça no caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, em que analisava a violação das cortes italianas ao Direito Internacional, concluiu que atualmente não há exceção à regra consuetudinária da imunidade do Estado no Direito Internacional devido às graves violações de Direitos Humanos ou do Direito Internacional Humanitário.¹⁵³ Não obstante a decisão da CIJ, a corte italiana em 2014 considerou na sua sentença 238 que tal decisão se apresenta em desconformidade com o princípio fundamental de proteção judicial assegurado pela sua constituição.¹⁵⁴

Nesse sentido, a corte sul-coreana considerou que, tendo em vista a escravidão sexual de mulheres coreanas realizada pelo Japão entre 1910 e 1945, a imunidade japonesa deveria ser afastada em decorrência do cometimento de crimes contra a

¹⁵² GREECE. Germany Prefecture of Voiotia, representing 118 persons from Distomo village. Supreme Court. Petition on cassation against default. Case n°11/2000. Athens, 04 May 2000. Reported by Maria Gavouneli. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 287, 2006. para. F1-F5, H1-H2, A1-A2, D8.

¹⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy, Greece intervening.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. para. 90-91.

¹⁵⁴ ITALY. Simoncioni and ors v Germany and President of the Council of Ministers of the Italian Republic (intervening). Constitutional Court. Constitutional review, Judgment. Case n° 238/2014. Rome, 22 October 2014. Reported by Alessandro Chechi. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 2237, 2014. para. 5.1.

humanidade, embora tal decisão também esteja em desconformidade com a decisão da CIJ (FRANCHINI, 2021).

Recentemente, a corte brasileira no caso *Changri-lá*, que se refere a um afundamento de um barco pesqueiro com dez tripulantes na região da costa brasileira de Cabo Frio por um submarino alemão em 1943, concluiu que a imunidade alemã deveria ser afastada em virtude da violação de direitos humanos e da sua prevalência constitucional estabelecida conforme o inciso II do art. 4^o.¹⁵⁵ Em maio deste ano, o Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente os embargos declaratórios interpostos pelo Ministério Público Federal, decidindo com repercussão geral que “[...] atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição”.¹⁵⁶ Contudo, além do posicionamento da corte brasileira estar em contraste com a decisão da CIJ, não houve uma fundamentação em relação à exceção da imunidade de jurisdição do Estado conforme o Direito Internacional Consuetudinário. Como Lima e Saliba ressaltam (2021, p. 56), para o surgimento de uma nova regra de DIC é necessária análise mais rigorosa em relação à existência dos seus elementos e em conformidade com o Direito Internacional, assim como realizada pela corte italiana no caso *Ferrini* em decorrência das graves violações aos Direitos Humanos. Além disso, Mendes aponta para a gravidade das consequências que deverão ser arcadas pela República Federativa do Brasil por meio do seu chefe de Estado e sem nenhuma atribuição ao poder judiciário caso haja descumprimento das normas de DIC.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alcance da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana. **Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outro (a/s) v. República Federal da Alemanha**. Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, Rio de Janeiro. Julgamento. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 2 e 105.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alcance da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana. **Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outro (a/s) v. República Federal da Alemanha**. Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, Rio de Janeiro. Embargos de Declaração. Brasília, maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4943985&numeroProcesso=954858&classeProcesso=ARE&numeroTema=944>. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alcance da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana. **Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outro (a/s) v. República Federal da Alemanha**. Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, Rio de Janeiro. Julgamento. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 36.

Por outro lado, em abril deste ano, a Alemanha instituiu nova ação na CIJ questionando a decisão da corte italiana em relação à exceção da imunidade estatal e as medidas de execução realizadas pelo Estado italiano referentes às propriedades alemãs situadas na Itália.¹⁵⁸

Desse modo, Lima e Saliba (2021, p. 57) nos alertam sobre o risco na criação de brechas na norma consuetudinária da imunidade estatal sob pena de transformá-la em uma norma inócua. No entanto, a relativização da regra consuetudinária da imunidade estatal devido às graves violações de Direitos Humanos dependerá muito da futura decisão da CIJ na ação instituída pela Alemanha e da reação das cortes domésticas por meio da sua prática e *opinio juris*.

Em relação à classificação da interpretação do DIC pelas cortes domésticas, Ryngaert (2022, p. 493-494, 499, 502) as distingue entre interpretação autônoma, deferência à interpretação do DIC por outras cortes e interpretação das normas consuetudinárias estabelecidas em documentos autoritativos escritos. Segundo o autor, na interpretação autônoma as cortes domésticas não se baseiam na interpretação de outras cortes e tribunais internacionais ou documentos escritos que contenham regras costumeiras. Essa interpretação normalmente se refere às decisões de cortes domésticas sobre imunidades de oficiais de Estado em relação à jurisdição penal de um Estado estrangeiro, que ainda não tenham sido codificadas ou estabelecidas por uma corte ou tribunal internacional.¹⁵⁹ Já na interpretação em deferência a outras cortes e tribunais internacionais, as cortes domésticas se referem às decisões dessas cortes que já tenham interpretado o DIC e as utilizam nas suas próprias decisões.¹⁶⁰ E em relação à interpretação das normas de DIC estabelecidas em documentos

¹⁵⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application instituting proceedings and request for provisional measures. Certain questions of jurisdictional immunity and enforcement of judgments. Federal Republic of Germany v. Italian Republic. Hague, **ICJ Reports**, 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/183/183-20220429-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁵⁹ UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. **Yousuf et al v. Samantar**. Case n° 11-1479. Alexandria, 2012. Disponível em: <https://www.ca4.uscourts.gov/opinions/published/111479.p.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022. p. 19-20.

¹⁶⁰ A exemplo, na Sentença 238 em que a corte constitucional italiana se referiu à interpretação da CIJ em relação à norma costumeira em Imunidades Jurisdicionais dos Estados para declarar a imunidade quanto aos atos de império realizados por Estados estrangeiros, apesar da corte ter entendimento contrário. (ITALY. Simoncini and ors v Germany and President of the Council of Ministers of the Italian Republic (intervening). Constitutional Court. Constitutional review, Judgment. Case n° 238/2014. Rome, 22 October 2014. Reported by Alessandro Chechi. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 2237, 2014. para. 3.1 e 4.1.)

autoritativos, as cortes domésticas os utilizam com o intuito de interpretar a norma, já que o costume internacional se encontra estabelecido no documento.¹⁶¹

Contudo, as cortes domésticas consideram que normas consuetudinárias estejam inseridas em tratados amplamente ratificados sem analisar mais profundamente a prática estatal e a *opinio juris* (RYNGAERT; SICCAMA, 2018, p. 7- 9) Dessa forma, o costume é derivado de tratados multilaterais e, a partir de então, as cortes buscam uma prática estatal que esteja em conformidade com as normas inseridas no tratado.¹⁶²

Além disso, cortes domésticas, sobretudo nos Estados Unidos, também recorrem à identificação do DIC conforme os pronunciamentos do Executivo, mesmo que parcialmente,¹⁶³ e sem a realização de análise própria (RYNGAERT; SICCAMA, 2018, p. 12).¹⁶⁴

Ademais, as cortes domésticas também fundamentam as suas decisões na doutrina, diferentemente da CIJ. Assim, assumem que os elementos do costume foram

¹⁶¹ Como no caso *USA v. Beyle* em que o tribunal sustentou o entendimento de que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar refletia o DIC e vinculava os Estados Unidos, que não são Partes na Convenção. (UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. **United States of America v. Abukar Osman Beyle and Shani Nurani Shiekh Abrar**. Case n° 13-4895, 13-4897. Alexandria, 2015. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1696524.html>. Acesso em: 25 jun. 2022. II C.).

¹⁶² Nesse sentido, no caso *Flores and ors v. Southern Peru Copper Corp*, a corte americana estabeleceu que: “All treaties that have been ratified by at least two States provide, some evidence of the custom and practice of nations. However, a treaty will only constitute *sufficient proof* of a norm of customary international law if an overwhelming majority of States have ratified the treaty, *and* those States uniformly and consistently act in accordance with its principles. The evidentiary weight to be afforded to a given treaty varies greatly depending on (i) how many, and which, States have ratified the treaty, and (ii) the degree to which those States actually implement and abide by the principles set forth in the treaty” (UNITED STATES OF AMERICA. **Flores and ors v. Southern Peru Copper Corp**. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Docket n° 02-9008. New York, Aug. 2003. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/414/233/>. Acesso em: 22 jun. 2022. para. 256-257.).

¹⁶³ Como exemplo, no caso *United States v. Bellaizac–Hurtado et al*, a corte americana baseou o seu entendimento parcialmente no memorando do presidente americano, não considerando o crime de tráfico de drogas como uma violação ao DIC (UNITED STATES OF AMERICA. **United States v. Bellaizac–Hurtado et al**. United States Court of Appeal for the 11th Circuit. Judgment, Case n° 700 F.3d 1245. Judgment, Atlanta, Nov. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-bellaizac-hurtado>. Acesso em: 23 jun. 2022. para. 1255.).

¹⁶⁴ No caso *Salim Ahmed Hamdan v. United States of America*, a corte americana se referiu ao pronunciamento do governo americano no sentido de que o ato de prover material de suporte ao crime de terrorismo ainda não alcançou o status de uma norma de violação do DIC. (UNITED STATES OF AMERICA. **Salim Ahmed Hamdan v. United States of America**. United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit. Judgment. Case n° 11-1257. Washington D.C., Oct. 2012. Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/722A4A4B384D5EC985257A99004D77C0/\\$file/11-1257-1399811.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/722A4A4B384D5EC985257A99004D77C0/$file/11-1257-1399811.pdf). Acesso em: 23 jun. 2022. p. 25.).

previamente analisados pelos doutrinadores (RYNGAERT; SICCAM, 2018, p.15),¹⁶⁵ embora não os mencione individualmente.¹⁶⁶

Por outro lado, verifica-se que, assim como a CIJ, as cortes domésticas geralmente não analisam a prática estatal e a *opinio juris* e recorrem aos tratados, pronunciamentos do Executivo, documentos autoritativos, à sua própria jurisprudência e a outras cortes e tribunais internacionais (RYNGAERT; SICCAM, 2018, p.15).

Contudo, Mileva (2022, p. 475-476) ressalta a contribuição das cortes domésticas na interpretação do DIC quanto ao desenvolvimento das normas como evidência da prática estatal, caso a sua interpretação seja também compartilhada por outras cortes domésticas, demonstrando, assim, a existência da norma consuetudinária e contribuindo para a identificação de princípios gerais da sua interpretação, além de também ser utilizada como um meio subsidiário de determinação das suas regras. Assim, o papel das decisões das cortes domésticas na formação da prática estatal faz com que não sejam meramente aplicadoras do Direito, mas também agentes do seu desenvolvimento, contribuindo para positivar as regras que eram inicialmente consideradas como desenvolvimento progressivo do Direito Internacional (RYNGAERT; SICCAM, 2018, p.14). Dessa forma, a sua relevância não pode ser negligenciada e como aponta Hamster (2018, p. 262), a metáfora da aplicação de “*two hats*” usualmente atribuída às cortes domésticas é insuficiente para descrever as suas diversas funções.

Diante do exposto, observa-se que as cortes domésticas, assim como as cortes e tribunais internacionais empregam diversas metodologias em relação à identificação da norma consuetudinária internacional. Apesar de geralmente não identificarem a prática e a *opinio juris*, a sua jurisprudência somente será respaldada pelos Estados se estiver em conformidade com a evolução da sociedade e do Direito Internacional.

¹⁶⁵ Exemplos: UNITED KINGDOM. **HRH Prince Abdul Aziz bin Fahd bin Abdul Aziz v. Harb**. England and Wales Court of Appeal (Civil Division). London, May 2015. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71060d03e7f57ea701f>. Acesso em: 23 jun. 2022. para. 37. UNITED STATES OF AMERICA. **Linda Velez v. Betsy Sacher et al**. United States Court of Appeals for the Second Circuit. New York, July 2012. Docket n° 11-90-cv. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/693/308/>. Acesso em: 23 jun. 2022. para. 319.

¹⁶⁶ UNITED STATES OF AMERICA. **United States v. Bellaizac-Hurtado et al**. United States Court of Appeal for the 11th Circuit. Judgment, Case n° 700 F.3d 1245. Judgment, Atlanta, Nov. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-bellaizac-hurtado>. Acesso em: 23 jun. 2022. para. 1254.

Nessa perspectiva, Lanovoy (2022, p. 252-253) afirma que, além da dicotomia entre o costume tradicional e moderno, há a emergência de uma abordagem “pós-moderna”, em que a abordagem tradicional dos dois elementos do costume não é expressamente negligenciada, mas é adotada uma abordagem mais assertiva, em que se leva em conta as circunstâncias do caso, o nível de integração institucional do mecanismo de solução da controvérsia, a matéria em questão e considerações de eficiência, preservando a natureza flexível do costume. Dessa forma, a jurisprudência das cortes e tribunais apresenta fundamental importância para a contextualização do Direito Internacional Consuetudinário e a construção de uma doutrina pós-moderna.

4 AS ABORDAGENS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

Neste capítulo serão analisadas as diferentes abordagens contemporâneas do Direito Internacional Consuetudinário, avaliando a inter-relação entre os seus elementos constitutivos da prática e *opinio juris* com o intuito de estabelecer e desenvolver as suas normas nas diferentes áreas de Direito Internacional conforme a evolução da sociedade internacional. Além disso, será também analisada a contribuição da abordagem terceiro-mundista do Direito Internacional Consuetudinário para o estabelecimento de normas mais inclusivas e justas na ordem jurídica internacional.

4.1 Análise do costume tradicional e moderno

Tradicionalmente, o Direito Internacional Consuetudinário se baseia nas mútuas relações entre os Estados soberanos e na convicção da obrigatoriedade de determinada conduta com o fim de facilitar a sua cooperação e coexistência (CLAPHAM, 2012, p. 57). Desse modo, o costume tradicional ressalta o elemento da prática estatal como forma de interação e consentimento, sendo a *opinio juris* um elemento secundário invocado para estabelecer a sua obrigatoriedade jurídica (ROBERTS, 2001, p. 757-759,764). No entanto, desde o estabelecimento da Organização das Nações Unidas em 1945, o Direito Internacional tem abrangido mais áreas como Direitos Humanos, Direito Penal Internacional e Direito Internacional Humanitário, que apresentam inerentes questões morais. Nesse sentido, o DIC nessas áreas tem sido geralmente caracterizado por uma consistente *opinio juris*, mas uma escassa prática estatal. Tal fato acarretou a necessidade de se encontrar uma “moderna” alternativa ao método tradicional de estabelecimento da norma costumeira que enfatizasse o elemento subjetivo em detrimento da prática (BOURGEOIS; WOUTERS, 2018, p. 70).

Nesse prisma, as justificativas para o costume tradicional e moderno levaram a inúmeras discussões doutrinárias. Fidler (1996, p. 216, 219-228) considera que há três perspectivas em relação a esses métodos e as denomina “dinossauro”, “dínamo” e “perspectivas perigosas”. Segundo o autor, na perspectiva que classifica como dinossauro, ressalta-se o conceito do costume tradicional inserido em uma sociedade profundamente modificada, levando a um anacronismo e tornando o DIC um fóssil jurídico devido ao crescimento do número de Estados, à sua diversidade e ao

surgimento de novos problemas globais como terrorismo, crime organizado e conservação dos espaços comuns. Diante dessa perspectiva, o DIC atualmente não seria mais uma das fontes principais do Direito Internacional, não contribuindo para o desenvolvimento das suas normas e permanecendo meramente como parte da sua história.

Por outro lado, na perspectiva dínamo, o conceito de costume moderno é ressaltado e as mudanças ocorridas na sociedade internacional desde 1945 não teriam fossilizado o DIC, mas este permaneceria essencial para responder às modificações da sociedade e contribuir para o seu desenvolvimento. Desse modo, essa perspectiva responde às críticas realizadas pela perspectiva dinossauro em relação ao crescimento do número de Estados ao enfatizar a prática estatal e o elemento subjetivo da *opinio juris* estabelecido nas organizações internacionais e fóruns multilaterais e ao considerar os votos nas resoluções, declarações e recomendações da Assembleia Geral da ONU como fontes dos seus elementos, refletindo os interesses e considerações dos países em desenvolvimento. Em relação ao surgimento de novos problemas globais, a perspectiva dínamo observa que o DIC contemporâneo os engloba ao estipular normas em áreas como Direitos Humanos, genocídio, proteção ambiental e uso da força, vinculando todos os Estados, com exceção dos objetos persistentes. Assim, essa perspectiva assevera que, ao contrário dos tratados, o DIC tem alcance obrigatório e vinculante para todos os Estados, e mesmo sendo insuficiente para abranger todos os problemas globais, tem função essencial na abordagem jurídica internacional de tais problemas. Além disso, essa perspectiva ressalta a flexibilidade e até mesmo a ambiguidade do DIC no estabelecimento da sociedade internacional, o considerando como o “direito comum” da humanidade e capaz de gerar debates em relação às questões iminentes de justiça e equidade na política internacional. Outrossim, o caráter dinâmico do DIC pode ser evidenciado não somente nas cortes e tribunais internacionais, mas também nas cortes domésticas.

Quanto à “perspectiva perigosa”, esta considera que houve um distanciamento entre o costume moderno e tradicional, tendo seu cerne na crença de que as alterações ocorridas nas relações internacionais desde 1945 levaram a um abuso político e jurídico das normas consuetudinárias. Nessa perspectiva, o DIC é compreendido nas suas manifestações atuais como perigoso ao sistema internacional e doméstico,

diferindo da perspectiva dinossauro por considerá-lo como uma fonte ainda ativa, mas, ao contrário da perspectiva dínamo, não o considera progressista. Assim, o DIC foi deslocado de um processo jurídico internacional limitado e conservador para um processo ilimitado de multiplicação de normas em que os seus dois elementos são negligenciados. Ademais, considera que há uma enorme lacuna entre o DIC e a prática estatal, como na prática da tortura, proibida pelo pelo DIC, mas ainda praticada dentro da sociedade internacional.¹⁶⁷ Desse modo, a “perspectiva perigosa” considera que os tribunais internacionais, ao igualarem a prática estatal e *opinio juris* aos pronunciamentos dos Estados realizados nas organizações internacionais, violam o conceito de DIC tradicional por se distanciarem da sua realidade, ameaçando, assim, a credibilidade do Direito Internacional. Diante dessas três perspectivas, consideramos que a perspectiva dínamo é a que melhor se enquadra na sociedade internacional por compreendermos que os dois elementos do DIC não foram negligenciados e este permanece como uma fonte evolutiva, que contribui para o desenvolvimento do Direito Internacional, flexível, progressista e capaz de responder aos novos problemas globais.

Contudo, a divergência entre o estabelecimento do costume tradicional e moderno tem sido criticada por mitigar o DIC como uma fonte do Direito (ROBERTS, 2001, p. 759). Nesse sentido, Kelly (2000, p. 451) argumenta que diante da maleabilidade do costume, todas as posições são sustentáveis, não podendo subsistir como fonte legítima em uma sociedade internacional descentralizada que não compartilha dos mesmos valores. Já D’Amato (1987, p. 102) alega que o costume moderno desconsidera a doutrina do DIC, equalizando o voto proferido em uma resolução das Nações Unidas a *opinio juris* e, dessa forma, a nomeando de norma consuetudinária. Alston e Simma (1989, p. 88) também afirmam que o costume moderno provocou uma crise de identidade da norma consuetudinária ao priorizar a *opinio juris* em relação à prática estatal.

¹⁶⁷ Apesar de proibida, a prática da tortura continua sendo praticada em alguns países como Sri Lanka, Irã, Afeganistão, Eritreia, República Democrática do Congo, Sudão, Síria e Etiópia (FREEDOM FROM TORTURE. Empowering Survivors, Rebuilding Lives. **Where does torture happen around the world?** London, April 2022. Disponível em: <https://www.freedomfromtorture.org/news/where-does-torture-happen-around-the-world>. Acesso em: 17 set. 2022.).

Em relação ao costume tradicional, Roberts (2001, p. 767,768) assevera que não apresenta normatividade processual devido à constituição da sua prática ser inerentemente incerta, não demonstrando nenhum rigor em relação à duração, quantidade, frequência e continuidade na sua formação (BYERS, 2004, p. 156-62). E ao requerer a repetição da sua prática, o torna inadequado para se adaptar às rápidas mudanças ocorridas na sociedade internacional. Além disso, a análise da prática geral e uniforme é realizada somente por alguns Estados devido à inviabilidade de ser analisada entre quase duzentos Estados (FIDLER, 1996, p. 203). Essa seletividade resulta no déficit democrático apontado por Kelly (2000, p. 519-522), revelando uma “ficção jurídica” inserida em uma sociedade heterogênea de Estados livres e soberanos dominados por aqueles que detêm o poder (TASIOULAS, 1996, p. 123). Assim, a injustiça decorrente do costume tradicional faz com que a sua observância e respeito sejam minimizados.

Por outro lado, o costume moderno por se basear nos tratados e declarações é considerado mais democrático por envolver praticamente todos os Estados, principalmente por meio da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde os Estados em desenvolvimento podem participar diretamente das suas negociações. No entanto, Roberts (2001, p. 768,769) afirma que a natureza normativa do costume moderno estabelece uma grande lacuna entre o costume e a prática estatal no sentido de que são determinados ideais de conduta que não condizem com a prática dos Estados.

Nesse sentido, Koskenniemi (2005, p. 17) alega que uma norma distanciada do comportamento estatal seria meramente uma descrição sociológica, resultando em uma apologia não normativa, enquanto uma norma baseada em princípios que não estão relacionados com a prática estatal seria considerada utópica, asseverando que o Direito Internacional deverá ser normativo e concreto. Desse modo, Roberts (2001, p. 767,770) argumenta que embora o método indutivo do costume tradicional e o método dedutivo do costume moderno se alinhem respectivamente com a análise descritiva e normativa, nenhuma abordagem se constitui somente em descritiva ou normativa, ambas reconhecem os elementos do DIC em níveis diferentes. Assim, conclui que as vantagens apresentadas pelo costume tradicional constituem as desvantagens do costume moderno, sendo também verdadeira a afirmação em sentido inverso. Como exemplo teríamos as normas baseadas nas declarações das Nações Unidas que apesar de serem mais democráticas por contarem com a

participação da maioria dos Estados, não sendo provenientes da vontade de uma minoria de Estados hegemônicos, apresentam uma menor propensão de serem executadas na prática.

Worster (2014, p. 445-448) argumenta que o DIC contemporâneo tem sido analisado conforme as conflitantes abordagens do costume tradicional e moderno, embora sejam métodos interligados. Entretanto, essas abordagens refletem, respectivamente, o método indutivo, baseado no empirismo e que parte de uma observação específica para a regra geral e o método dedutivo, caracterizado por partir da análise geral para a particular e resultando em uma conclusão verdadeira. Enquanto a verificação empírica da prática estatal e *opinio juris* está mais relacionada ao método indutivo; questões fundacionais, processo de análise e formas de evidência estão mais relacionadas ao método dedutivo. Desse modo, não há análise de uma norma consuetudinária completamente indutiva ou dedutiva na medida que se inter-relacionam, equilibrando a tensão entre apologia e utopia.

Já autores como Kirgis (1987, p. 146, 149) buscam métodos alternativos para a identificação da norma consuetudinária ao atribuir diferentes valores para a prática estatal e *opinio juris*. O referido autor propôs uma “escala deslizante”, em que a prática poderá ser estabelecida mesmo com pouca ou nenhuma *opinio juris*, desde que esta não venha a ser refutada. Desse modo, estabelece que quanto mais consistente a prática, menor será a necessidade de se determinar a *opinio juris*. No entanto, a quantidade da prática ou *opinio juris* requerida para o estabelecimento da norma de DIC dependerá da matéria em questão. Segundo o autor, quanto mais desestabilizadora a ação para a sociedade internacional, como no caso da ofensiva do uso da força, mais facilmente a prática estatal poderá ser substituída pela *opinio juris*. Nesse prisma, Tasioulas (1996, p. 111-115) argumenta que a a escala deslizante de Kirgis deveria ser interpretada à luz da teoria de Direito de Dworkin de forma a se alcançar um equilíbrio entre as normas consuetudinárias atuais e considerações normativas sobre como as normas deveriam ser, evitando, assim, o dogmatismo de “uma única resposta certa”.

Roberts (2001, p. 788-791) propõe uma abordagem interpretativa reflexiva em que há uma reconciliação entre o costume tradicional e moderno. Assim, uma metodologia será aplicada no sentido de se verificar se as evidências de prática e *opinio juris*

constituem uma interpretação plausível. A prática estatal que será interpretada deverá incluir ação interestatal e inação, enquanto a *opinio juris* apresentará as futuras considerações normativas. A interpretação se baseará em um critério de precisão na descrição em que a prática estatal terá papel fundamental e em uma dimensão substantiva baseada na normatividade procedimental da *opinio juris* que inclui questões morais reconhecidas pela maioria dos Estados, o que segundo a autora, evitaria ideologias predominantemente ocidentais. Dessa maneira, o equilíbrio reflexivo evitará os extremos da apologia e utopia e a predominância de um único elemento, que eventualmente poderá ocorrer na escala deslizante de Kirgis, embora na teoria de Roberts os elementos do costume possam ser contrabalançados, resolvendo a oposição entre os dois entendimentos.

Nessa perspectiva, a norma consuetudinária se apresenta em constante evolução, demonstrando estreita interação entre a sua formação, identificação e interpretação. Conforme Arajärvi (2022, p. 40-41,47-49), a teoria do costume moderno busca justificar a utilização de uma metodologia mais ampla, que utiliza o DIC para promover objetivos éticos, políticos e econômicos, dentre outros, os englobando nos seus elementos. Entretanto, tal entendimento pode levar a uma interpretação errônea do DIC, baseando-se na aplicação de elementos que se distanciam do conceito de prática estatal e *opinio juris*. Segundo a autora, esse efeito reflete não somente na metodologia, mas também nos resultados. Na medida em que cortes e tribunais empregam diferentes metodologias, a consequente identificação e interpretação de uma regra de DIC poderá levar à sua imprecisão. Todavia, alega que a interpretação errônea poderá ser mais facilmente constatada na prática quantificável do costume tradicional do que no elemento fluido e subjetivo da *opinio juris* ressaltado no costume moderno ou na abordagem da escala deslizante de Kirgis. No entanto, ressalta que a interpretação errônea, apesar de aparentemente negativa, poderá acarretar o desenvolvimento das normas de DIC, visto que para a sua alteração, a prática e *opinio juris* devem diferir ou contradizer as normas já estabelecidas.

Desse modo, Bourgeois e Wouters (2018, p. 80, 83) propõem o estabelecimento de um novo papel para a *opinio juris* no processo de formação e identificação das normas de DIC, adotando uma definição mais ampla e menos formalista em relação à ordem temporal dos seus elementos. Os autores asseveram que o DIC deveria englobar não somente práticas aceitas como normas jurídicas, mas também considerações dos

Estados e atores não estatais, como organizações não internacionais e corporações transnacionais, sobre futuras normas que seriam posteriormente adotadas na prática, relacionando o método indutivo do costume tradicional ao dedutivo do costume moderno. Assim, o método indutivo seria aplicado a determinada prática aceita como norma jurídica, enquanto o dedutivo se basearia na consideração geral do que se constituiria a norma jurídica. Nesse caso, consideramos que se houver uma predominante *opinio juris* entre esses atores estatais e não estatais que venha a ser refletida na prática, uma nova norma de DIC poderá ser formada.

Lepard (2010, p. 129, 166) também ressalta o papel da *opinio juris*, que considera ser a essência da norma consuetudinária. Segundo o autor, as normas de DIC são criadas a partir da vontade dos Estados de estabelecer um princípio jurídico autoritativo para a regulação de determinada conduta, enquadrando, assim, o princípio dentro da norma consuetudinária e propondo uma revisão no conceito do seu elemento subjetivo.

Essas divergências doutrinárias refletiram no Projeto de Conclusões da CDI de 2018, que estabeleceu a identificação da norma consuetudinária conforme a análise do método tradicional dos seus dois elementos (UNITED NATIONS, 2018, p. 124),¹⁶⁸ apesar desse método ser considerado como inadequado por não estar em conformidade com o atual desenvolvimento do Direito Internacional, excluindo, por exemplo, a participação de atores não estatais (BOURGEOIS; WOUTERS, 2018, p. 74). Segundo o Relator do Projeto, Michael Wood, uma abordagem diferente levaria à fragmentação do Direito Internacional (UNITED NATIONS, 2014, p. 13). No entanto, afirmou que seria possível encontrar primeiramente uma emergente *opinio juris*, desde que posteriormente fosse confirmada pela prática, ressaltando que a aplicação dos dois elementos do costume poderia se alterar conforme a área do Direito Internacional devido à sua flexibilidade e ao seu papel na sociedade internacional (UNITED NATIONS, 2015, p. 7-8). Nesse sentido, o Projeto estipulou, na Conclusão 5, que a prática estatal consiste na conduta do Estado, quando no exercício do executivo,

¹⁶⁸ Conclusion 2: "To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)." (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.).

legislativo ou judiciário ou outras funções (UNITED NATIONS, 2018, p. 132), estabelecendo as formas de prática no parágrafo segundo da Conclusão 6:

2. Formas de prática do estado incluem, mas não se limitam a: atos diplomáticos e correspondência; conduta em conexão com resoluções adotadas pelas organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais; conduta em conexão com tratados; conduta executiva, incluindo 'conduta operacional no local;' atos legislativos e administrativos; e decisões de cortes nacionais (UNITED NATIONS, 2018, p. 133, tradução nossa).¹⁶⁹

Já quanto às formas de evidência da *opinio juris*, o segundo parágrafo da Conclusão 10 determinou que:

[...] incluem, mas não se limitam a: discursos públicos feitos em nome dos Estados, publicações oficiais, opiniões jurídicas do governo, correspondência diplomática, decisões de cortes nacionais, dispositivos de tratados, e conduta em conexão com resoluções adotadas por organização internacional ou em conferência internacional (UNITED NATIONS, 2018, p. 140, tradução nossa).¹⁷⁰

Além disso, o Projeto da CDI considerou que não há hierarquia entre as formas de prática, como a conduta verbal de atos orais ou escritos (UNITED NATIONS, 2018, p. 133-137). No caso de inconsistências entre os poderes do Estado, a sua contribuição para a prática geral poderá ser reduzida, embora uma uniformidade absoluta não seja necessária. No entanto, Alston e Simma (1989, p. 97) ressaltam que se as inconsistências entre a prática estatal ou entre esta e a *opinio juris* forem aparentes desde o início da formação da norma, é mais difícil considerá-las como meras violações das normas. Ao se constatar uma inconsistência, os elementos do costume já devem ter sido consolidados desde o seu estágio inicial. Nessas situações em que há ambiguidade da prática estatal, a *opinio juris* exerce um papel fundamental na

¹⁶⁹ No original: "2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct "on the ground"; legislative and administrative acts; and decisions of national courts" (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.).

¹⁷⁰ No original: "2. Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference" (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.).

determinação da prática a ser considerada para a sua identificação (BOURGEOIS; WOUTERS, 2018, p. 89).

No entanto, a distinção entre *opinio juris* e prática nem sempre se revela nitidamente, podendo um pronunciamento, por exemplo, ser evidência de ambos os elementos. O Projeto de Conclusões de 2018 estabeleceu que os dois elementos podem ser encontrados no mesmo material, apesar do processo de identificação requerer uma análise individualizada para cada um deles (UNITED NATIONS, 2018, p. 141). Segundo D'Aspremont (2019, p. 23, 26-27) o reconhecimento da CDI de que ambos os elementos podem ser extraídos do mesmo material ressuscita o entendimento monolítico da fórmula de Descamps e contradiz a Conclusão 3 do Projeto que estabelece a sua identificação de forma separada (UNITED NATIONS, 2018, p. 127).¹⁷¹ O autor expõe a dificuldade de reconciliar a análise individualizada dos elementos com a sua identificação proveniente do mesmo material, sendo suficiente uma única análise do material para que o costume seja estabelecido e não dois distintos testes. Desse modo, considera haver um rompimento com o dualismo dos elementos iniciado no caso *Lotus* e um retorno ao entendimento de 1920, em que os elementos não são identificados e analisados separadamente.

Por outro lado, Arajärvi (2017b, p. 35) argumenta que a questão da dupla contagem dos elementos do DIC tem sido superenfaticada e considera que havendo evidência da prática, tanto física como verbal, e evidência da *opinio juris*, mesmo que proveniente do mesmo ato da prática, a norma de DIC poderá ser estabelecida, sendo desnecessário determinar se os Estados se expressaram de maneira abstrata ou por atos verbais para a identificação da *opinio juris*.

Apesar do Projeto de Conclusões de 2018 ter adotado a abordagem tradicional dos dois elementos, o Relator ressaltou a importância do elemento subjetivo em áreas como Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional na identificação de uma norma de DIC (UNITED NATIONS, 2014, para. 28). Em relação ao processo de identificação da norma consuetudinária nos Direitos

¹⁷¹ Conclusion 3.2: "Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element" (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.).

Humanos, a evidência de *opinio juris* tem sido mais facilmente encontrada em declarações, como ressaltado pela CIJ no caso Nicarágua,¹⁷² do que na prática estatal por esta ser considerada como mais inadequada devido aos direitos humanos estarem mais relacionados às suas violações em detrimento da sua conformidade com a prática (SCHABAS, 2021, p. 72). Desse modo, a prática estatal é mais difícil de ser observada por envolver direitos negativos, impondo limitações ao seu exercício (ROBERTS, 2001, p. 777). Quanto à prática contrária, o caso Nicarágua minimizou a sua importância ao tratá-la como uma mera violação da norma e não como o reconhecimento de uma nova regra.¹⁷³ Segundo Meron (2006, p. 403-404), tal conclusão da Corte foi essencial para a efetividade do DIC na área de Direitos Humanos em que a prática contrária deve ser analisada para se alcançar um consenso sobre o caráter consuetudinário das normas. Todavia, violações intraestatais geralmente resultam em inação de outros Estados por não envolverem diretamente os seus direitos ou de seus nacionais (ROBERTS, 2001, p. 777).

No caso Bélgica v. Senegal, a Corte Internacional de Justiça afirmou que a proibição da tortura é uma norma de DIC refletida na prática internacional, *opinio juris* e legislação doméstica dos Estados.¹⁷⁴ Schabas (2021, p. 74-75) argumenta que houve exagero no entendimento da Corte e mesmo se verificado a presença da conduta do crime nas legislações domésticas dos Estados, tal fato não acarretaria a existência de uma regra de Direito Internacional. A legislação doméstica somente contribuiria para a formação de uma norma de DIC no caso de haver a intenção dos Estados de estabelecê-la como uma obrigação internacional, como no caso de relatórios direcionados ao Conselho de Direitos Humanos no contexto da Revisão Periódica Universal.¹⁷⁵

¹⁷² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. para. 188.

¹⁷³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. para. 186.

¹⁷⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022. para. 99.

¹⁷⁵ A Revisão Periódica Universal foi estabelecida em 2006 pela Resolução 60/251 da Assembleia Geral das Nações Unidas e constitui um mecanismo de avaliação dos Direitos Humanos entre todos os Estados Membros da ONU com o intuito de aperfeiçoar a sua aplicação e contribuir para o cumprimento

Contudo, a posição conservadora adotada pelo Projeto de 2018 não se constitui atualmente em um obstáculo para a identificação da norma de DIC nos Direitos Humanos devido ao seu recente desenvolvimento nessa área, havendo prática e *opinio juris* suficiente para o seu estabelecimento. Além do caráter quase universal dos tratados de Direitos Humanos¹⁷⁶ e do crescente reconhecimento da Declaração de Direitos Humanos como fonte jurídica obrigatória, a Revisão Periódica Universal apresenta um imenso repositório de prática estatal e *opinio juris* dos Estados, sendo especialmente importante para aqueles Estados que não são Partes dos tratados (SCHABAS, 2021, p. 39 e 75).

A aplicação do costume tradicional também tem sido contestada no Direito Internacional Humanitário em que normas relacionadas à segurança e dignidade humana, embora discursivas, são geralmente desviadas da prática operacional (HAKIMI, 2016, p. 167). No caso Nicarágua, a CIJ reconheceu o caráter costumeiro dos princípios gerais de Direito Humanitário estabelecidos nos artigos 1º e 3º das Convenções de Genebra.¹⁷⁷ Entretanto, como aponta Meron (2005, p. 819), não houve um exame da prática ou *opinio juris*.

Em relação à intervenção humanitária, no caso de ausência de prática estatal, os valores da proteção básica dos direitos humanos devem ser assegurados em detrimento da soberania territorial (CANNIZZARO, 2005, p. 247-248). Dessa forma, a prática estatal deverá ser estabelecida prospectivamente e baseada nos valores emergentes da sociedade internacional decorrentes do equilíbrio entre o dever de proteger contra novas formas de terrorismo e o interesse de preservar a soberania estatal de interferências externas, ampliando o recurso ao uso unilateral da força. No entanto, os países desenvolvidos têm utilizado a intervenção humanitária como

das suas obrigações (UNITED NATIONS. United Nations Human Rights Council. **Universal Periodic Review**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-main>. Acesso em: 30 ago. 2022.).

¹⁷⁶ Atualmente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as Convenções Internacionais sobre o Direito da Criança, sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sobre todas as formas de Discriminação Racial já foram ratificados pela maior parte dos Estados nos últimos 15 anos. (SCHABAS, 2021, p. 75).

¹⁷⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. para. 218-220.

instrumento de dominação para difundir os seus “valores” a favor do seu próprio interesse econômico em terceiros países.¹⁷⁸

Com o intuito de facilitar a identificação das normas consuetudinárias na área do DIH, um estudo do CICV foi concluído em 2005 identificando 161 regras e identificando a prática dos Estados segundo a abordagem do costume tradicional (MERON, 2005, p. 819). No entanto, Hakimi (2016, p. 169-170) afirma que apesar do CICV ter ressaltado a adoção do método tradicional, na prática o Comitê utilizou um método muito mais abrangente. Nesse sentido, o CICV observou que, baseando-se na jurisprudência das cortes e tribunais internacionais, uma nova norma de DIC poderia ser identificada mesmo com uma extensa prática contrária e ausência do elemento subjetivo (DOSWALD-BECK; HENCKAERTS, 2005, p. xviii). Conforme a autora, o mandato do Comitê não o impedia da utilização de métodos alternativos para a identificação de uma norma de DIC, não repercutindo tal fato nas suas decisões.

Segundo o Relator do Projeto de Conclusões (WOOD, 2018, p. 729-730), a Comissão se beneficiou do estudo do CICV para a identificação da prática e *opinio juris* da norma de DIC, embora reconheça que a aplicação da teoria tradicional deve levar em conta as circunstâncias e o contexto em que a norma é estabelecida (UNITED NATIONS, 2018, p. 126,134). Desse modo, certas formas de prática serão mais significativas, tal como a conduta operacional no campo. O comentário do Projeto esclareceu que essa conduta inclui a execução da lei e apreensão em propriedade no campo de batalha ou em outra atividade militar como o movimento de tropas, embarcações ou o emprego de certas armas. No caso de incerteza se tal conduta constitui prática estatal, deve-se averiguar a sua adoção nos militares manuais. Em relação às regras proibitivas, o papel da *opinio juris* é essencial para a identificação da regra consuetudinária, como ressaltado pela CIJ no caso das Armas Nucleares.¹⁷⁹

No tocante à prática dos grupos armados, a Comissão estabeleceu que não contribui para a formação das regras de DIC, embora possa indiretamente influenciar a prática

¹⁷⁸ Como exemplo, a Resolução 1973 do Conselho de Segurança da ONU (2011) para a intervenção na Líbia determinando a responsabilidade de proteger civis e a posição contrária dos países do BRIC (Brasil, Rússia, Índia, China) e também da Alemanha no sentido da resolução ser utilizada como pretexto para a mudança de regime de governo no país (ODEYEMI, 2016, p. 8, 14).

¹⁷⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 67.

e *opinio juris* dos Estados (UNITED NATIONS, 2018, p. 132). Do mesmo modo, as declarações do CICV em relação ao Direito Humanitário não são consideradas como prática, embora as suas publicações possam auxiliar na identificação dos elementos do costume, exercendo um relevante papel quanto ao seu desenvolvimento.

Quanto ao Direito Penal Internacional, devido aos massacres na ex-Iugoslávia e ao genocídio em Ruanda, houve uma aceleração do costume baseado no elemento subjetivo no sentido de criminalizar as sérias violações de DIH nos conflitos armados internos, enquanto a prática estatal ainda não se encontrava amplamente estabelecida. Assim, a *opinio juris* consolidava os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, sendo considerada essencial para a determinação da sua existência (FRULLI, 2015, p. 87). Por outro lado, o Relator do Projeto da CDI asseverou que, apesar de algumas decisões terem se baseado somente na *opinio juris*, como no caso *Kupreskic* em relação à formação do DIH, esse não seria o melhor entendimento (UNITED NATIONS, 2014, p. 11-12).

Conforme Arajärvi (2017a, p. 206-207), as decisões dos tribunais penais internacionais, especialmente relacionadas às questões sobre humanidade, ao ressaltarem a *opinio juris* em detrimento da prática estatal suscitam questões da maneira na qual considerações políticas, sociais e morais resultam na convicção da necessidade da legitimação jurídica da prática, levando à discussões sobre o processo de identificação da norma consuetudinária. Desse modo, Schabas (2009, p. 101) ressalta a interpretação não tradicional da norma consuetudinária no Direito Penal Internacional. Já Baker (2010, p. 163) afirma que a jurisprudência dos tribunais penais internacionais tem sido considerada como fonte de identificação das normas de DIC, não podendo mais se considerar que os dois elementos do costume sejam indispensáveis para o seu estabelecimento. Por outro lado, compartilhamos da posição de Boas (2012, p. 90) que sustenta que os tribunais penais internacionais não repudiaram a teoria dos dois elementos, apesar de na prática estabelecerem métodos alternativos.

Nesse sentido, Bourgeois e Wouters (2018, p. 108) propõem o estabelecimento de uma teoria uniforme de DIC levando em consideração diferentes níveis de prática e *opinio juris* nas áreas de Direito Internacional, considerando também o papel dos

atores não estatais, como organizações internacionais e não governamentais, grupos armados, corporações transnacionais e indivíduos.

Contudo, o próprio Projeto de Conclusões de 2018 reconheceu que o processo de identificação de normas de DIC não está inteiramente sujeito às rígidas formulações, mas a contemporânea abordagem dos dois elementos adotada no Projeto reflete a prática dos Estados e serve como uma orientação para a sua determinação (UNITED NATIONS, 2018, p. 123). Desse modo, a prática e *opinio juris* são as “balizas norteadoras”¹⁸⁰ para o estabelecimento de um Direito Internacional Consuetudinário em constante evolução.

4.2 A abordagem terceiro-mundista do Direito Internacional Consuetudinário

Além das abordagens do costume tradicional e moderno, Chimni (2018, p. 4, 14-15) preconiza a abordagem mais inclusiva da participação dos países do Terceiro Mundo¹⁸¹ ao costume internacional ao considerá-lo como o resultado de um processo histórico com o intuito de facilitar o sistema global capitalista e servir aos seus interesses. Para o autor, a distinção realizada pelos juristas ocidentais entre fontes formais e materiais do DIC¹⁸² obscurecem o fato histórico de que os elementos do costume da prática estatal e *opinio juris*, que se constituem nas fontes formais, foram identificados conforme o contexto dos Estados europeus, argumentando que não há uma definição única para o que seja considerado como fonte formal do DIC ou para uma quantificação exata dos seus elementos. Nessa perspectiva, afirma que as discussões sobre o costume tradicional e moderno geralmente não levam em conta a

¹⁸⁰ ITALAW. **Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada**. ICSID Case n° NCT/07/1. 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021. para. 193.

¹⁸¹ O termo Terceiro Mundo é originalmente atribuído a Alfred Sauvy, economista e sociólogo francês, tendo sido utilizado para denominar o grupo de Estados menos desenvolvidos economicamente e que não integravam o grupo de países socialistas (Sauvy, Alfred. *Trois Monde, Une Planète. L'Observateur*, Paris, n.118, p. 14, 14 août 1952. Disponível em: <http://www.homme-moderne.org/societe/demo/sauvy/3mondes.html>. Acesso em: 06 set. 2022.). No entanto, Rajagopal (1999, p. 1-2) apresenta um entendimento mais amplo e atual do termo Terceiro Mundo ao considerar fatores como pobreza, corrupção, violência, calamidades e atraso tecnológico.

¹⁸² O Primeiro Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre a Formação e Evidência do Direito Internacional Consuetudinário (UNITED NATIONS, 2013, p. 12) utilizou a definição de Müller e Pellet (2019, p. 864) de que as fontes formais se constituem nos processos que tornam o Direito Internacional juridicamente relevante e fontes materiais são aquelas que podem ser definidas como as origens políticas, econômicas, morais ou religiosas das regras jurídicas.

natureza histórica do DIC, havendo somente uma análise formalista e distanciada das estruturas sociais regionais e globais.

Para Eslava e Pahuja (2011, p. 104-105), a abordagem terceiro-mundista do Direito Internacional (TWAIL) não é um método que reúne uma única abordagem,¹⁸³ mas um engajamento estratégico com o Direito Internacional que apresenta questões em comum para incluir a participação de sujeitos como os Estados do Terceiro Mundo, que estão à margem do seu processo de formação. Assim, ao considerar as distorções históricas do Direito Internacional, a TWAIL tem contribuído para o seu aperfeiçoamento, levantando questões econômicas, práticas culturais de diferenciação, uso da violência e superexploração de recursos naturais, que são aspectos que têm acompanhado a expansão da ordem jurídica internacional.

Além disso, a TWAIL visa demonstrar a natureza hierárquica do sistema jurídico internacional por meio de estudos críticos das relações dos poderes internacionais, analisando a permanente reprodução das estruturas de dominação colonial e formas contemporâneas de neocolonialismo realizada pelos países ocidentais desenvolvidos em detrimento dos países terceiro-mundistas, questionando o caráter eurocêntrico do Direito Internacional. Nessa perspectiva, Bianchi (2016, p. 207-208) assevera que a alegada universalidade do Direito Internacional é um mito que reflete o deslocamento das realidades dos povos subalternos.

A primeira fase do movimento TWAIL remonta ao período da descolonização afro-asiática entre meados de 1950 a 1990 e à consolidação da sua soberania (BIANCHI, 2016, p. 209). Essa fase, denominada por Anghie e Chimni (2003, p. 80-81) como TWAIL I, compreende o Direito Internacional como forma de legitimizar a opressão dos Estados do Terceiro Mundo, buscando inserir esses países na construção de um Direito Internacional mais justo, levando em consideração as suas necessidades e aspirações e identificando os aspectos comuns das diferentes sociedades com o fim de estabelecer regras que beneficiem a todos. Assim, a TWAIL I ressalta os princípios da igualdade soberana dos Estados e da não intervenção, procurando criar um

¹⁸³ A TWAIL engloba perspectivas a partir de uma visão crítica do Terceiro Mundo, movimentos marxistas e feministas, pós-colonialismo, estudos indígenas, teoria crítica da raça, entre outros. Os seus temas comuns referem-se à desconstrução dos legados coloniais do Direito Internacional e o engajamento quanto ao processo de descolonização dos povos do Sul Global e do seu impacto em suas vidas (BETANCUR-RESTREPO *et al.*, 2020).

sistema internacional mais democrático e participativo e instituindo o caráter vinculativo das resoluções da Assembleia Geral da ONU aprovadas pela maioria dos Estados.

Tendo em vista que o processo de independência política foi insuficiente para libertar os países do Terceiro Mundo da dominação econômica do Primeiro Mundo, os países terceiro-mundistas procuraram alterar o sistema econômico internacional por meio da Nova Ordem Econômica Internacional, tentando recuperar o controle sobre os seus recursos naturais e exercer o controle efetivo sobre os investimentos estrangeiros (ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 82).

A influência dos países em desenvolvimento no Direito Internacional dos Investimentos é reconhecida como a “revolta contra o Ocidente” devido ao confronto com as regras de Direito Internacional estabelecidas pelos Estados ocidentais desenvolvidos em favor dos seus interesses (FIDLER, 2003, p. 41, 42). Desse modo, as regras consuetudinárias para a proteção do investimento direto estrangeiro foram questionadas com o fim de reduzir a importância do Direito Internacional nessa área. Para os países em desenvolvimento, o tradicional Direito Internacional dos Investimentos limitava o exercício da soberania na área econômica pelo fato de restringir as opções da sua política de conduta de modo a favorecer os países exportadores de capital e suas corporações. Assim, defendiam a posição de que a regulação do investimento estrangeiro deveria ser amplamente regulada conforme a legislação doméstica. Dentro dessa perspectiva, os Estados terceiro-mundistas buscavam substituir a fórmula Hull, que estabelecia uma compensação pronta, adequada e justa para a expropriação, por outro padrão que concedesse maior autonomia ao Estado receptor na avaliação do nível adequado de compensação devida ao investidor. Em 1962, a Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU estabeleceu no seu parágrafo 4º o direito à compensação adequada segundo o Estado receptor e o Direito Internacional (UNITED NATIONS, 1962). Nesse sentido, a Suprema Corte americana considerou que as regras internacionais estabelecidas em relação à expropriação de investimento direto estrangeiro eram fontes de desacordo diplomático e controvérsia.¹⁸⁴

¹⁸⁴ UNITED STATES OF AMERICA. **Banco Nacional de Cuba v Sabbatino and Farr, Whitlock & Company**. Decision of the Supreme Court on the Grant of Certiorari, nº 16, 376 US 398. Washington

Entretanto, os países do Terceiro Mundo questionavam não somente normas específicas, mas também os métodos e técnicas em que o Direito Internacional era estabelecido, especialmente em relação ao Direito Internacional Consuetudinário (GALINDO; YIP, 2017, p. 254-255) por ter sido este formado conforme o interesse dos Estados ocidentais e sem a participação dos novos Estados independentes afro-asiáticos (MOHAMAD, 2016, p. 41). Além disso, havia a dificuldade de reconciliar as normas de DIC com a crescente sociedade internacional heterogênea. Dessa forma, a abordagem terceiro-mundista defende um papel mais amplo para as resoluções da Assembleia Geral da ONU, que têm a sua participação.

Ademais, a abordagem TWAIL busca identificar os elementos estruturais do costume que perpetuam a dominação das grandes potências, mesmo após o período colonial (GALINDO; YIP, 2017, p. 256, 258-262). Ao se analisar a ênfase na prática e *opinio juris* dos países desenvolvidos, deve-se levar em consideração o grau de publicidade desses países em relação às evidências dos elementos costumeiros devido à grande influência da mídia social e a presença dos principais jornais e revistas jurídicas em seu território. Dessa forma, as evidências do costume se tornam mais acessíveis nesses países, resultando em uma lacuna ainda maior entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Um outro obstáculo dos países do Terceiro Mundo se relaciona ao alto custo da tradução dos seus documentos referentes à prática e *opinio juris*. O próprio Relator do Projeto de Conclusões de 2018 considerou que a questão do idioma poderá ser problemática para a identificação do costume em Estados de todas as regiões (WOOD, 2016, p. 13). Outra razão para a predominância da prática e *opinio juris* dos países desenvolvidos refere-se ao seu maior desenvolvimento quanto à tecnologia, principalmente em determinadas áreas específicas como questões espaciais, possibilitando tais países de participarem de discussões e interações que moldam o DIC. E, ainda, Galindo e Yip (2016, p. 261) afirmam que as decisões dos órgãos adjudicadores internacionais tendem a reforçar a *opinio juris* dos países desenvolvidos em detrimento da prática dos Estados, excluindo, dessa forma, a prática dos Estados do Terceiro Mundo para a proteção dos seus interesses, sendo a CIJ criticada pela falta de rigor em relação à análise do costume internacional

D. C, Mar. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>. Acesso em: 08 set. 2022. p. 430-431.

(TALMON, 2015, p. 442). Diante de tais fatores, o DIC pode ser considerado como um processo antidemocrático e resultante das manifestações de poder dos Estados, cortes e tribunais internacionais.

Por outro lado, novas abordagens ao DIC foram introduzidas nos últimos cinquenta anos, especialmente em relação ao seu impacto nos países de Terceiro Mundo, como a introdução do objeter persistente, amenizando o receio dos países em desenvolvimento de que a imposição de normas consuetudinárias poderia limitar a sua soberania, além da ampliação do papel das resoluções das organizações internacionais em relação à interpretação do processo de formação das normas de DIC (GALINDO; YIP, 2017, p. 262).

Ao final do século XX, houve uma aceleração no processo de formação do costume, originando o costume moderno, enfatizando a *opinio juris* e respondendo às críticas da abordagem terceiro-mundista de que o costume tradicional teria se cristalizado e somente poderia ser alterado por meio de um processo difícil e moroso (GALINDO; YIP, 2017, p. 263-264). Contudo, tal processo não leva em conta os interesses dos países do Terceiro Mundo ou questiona a formação das regras consuetudinárias.

Foi durante esse período que houve o surgimento da TWAIL II, a partir de estudos da universidade de Harvard, questionando a abordagem da primeira geração TWAIL que considerava os Estados recém-independentes como uma entidade única que transcendia os seus conflitos e tensões, não alinhando o Direito Internacional com as necessidades dos povos do Terceiro Mundo de forma a evitar os seus conflitos internos (ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 82-84). Nessa perspectiva, a TWAIL II analisa o Terceiro Mundo criticamente ao reconhecer o Direito Internacional como um meio de promover os interesses desses povos, utilizando as normas de Direitos Humanos para a sua proteção contra o Estado e organizações internacionais. Além disso, a TWAIL II examina mais profundamente os fatores estruturais que promoveram a desigualdade entre o Primeiro e Terceiro Mundo e a forma com que as relações coloniais moldaram os fundamentos do Direito Internacional. Nessa abordagem, o colonialismo não é visto como um aspecto externo e incidental ao Direito Internacional, mas como central na sua formação. Assim, a análise da relação histórica entre o Direito Internacional e os povos não-europeus é essencial para a compreensão da

criação da doutrina do Direito Internacional, marcado pela expansão colonial e o universalismo das suas normas.

Dentro da perspectiva TWAIL II, a importância da discussão teórica em relação ao entendimento e abordagem do Direito Internacional também é analisada no sentido de se averiguar a maneira na qual o seu conhecimento é estabelecido. Assim, considera-se que o conhecimento é proveniente das instituições dos países do Norte, principalmente os Estados Unidos, desconsiderando os estudos sobre a TWAIL realizados nos países de Terceiro Mundo e dificultando a propagação do seu conhecimento dentro da sociedade internacional (ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 86-87). Cabe ressaltar que os estudos dessa segunda geração TWAIL são mais direcionados à análise intelectual do Direito Internacional do que propriamente à sua prática decorrente dos países do Terceiro Mundo ou das organizações internacionais (BIANCHI, 2016, p. 216).

É também importante salientar que a TWAIL II, ao contrário do entendimento tradicional do Direito Internacional da primeira geração TWAIL, baseia-se em uma concepção do Direito Internacional profundamente embutida na sociedade, em que a sua dimensão política é priorizada em relação aos aspectos econômicos (BIANCHI, 2016, p. 217).

Segundo Khosla (2007, p. 293, 300-301), após os atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 houve a emergência de uma nova fase, denominada TWAIL III, caracterizada pela mudança de paradigma da abordagem TWAIL e centrando novamente no papel dos Estados desenvolvidos em relação à utilização do Direito Internacional como forma de atingir os seus interesses e na consequente falta de participação dos Estados do Terceiro Mundo. Desde então, um grupo de países desenvolvidos¹⁸⁵ tem asseverado que houve uma alteração no entendimento e aplicação do Direito Internacional em relação à doutrina do uso preventivo da força¹⁸⁶ como forma de favorecer os Estados do Primeiro Mundo, devendo o Direito Internacional se adaptar às necessidades internacionais e

¹⁸⁵ Integram o grupo de países desenvolvidos na defesa do uso preventivo da força na guerra contra o Iraque, os Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Austrália, Rússia, Itália e em menor medida, Japão e Taiwan (GATHII, 2005, p. 100).

¹⁸⁶ A Carta da ONU proíbe o uso da força conforme o parágrafo 4 do art. 2º, excetuando-se quando autorizado pelo Conselho de Segurança no caso de legítima defesa estabelecido conforme o art. 51 (BRASIL, 1945).

responder efetivamente às ameaças terroristas. Entretanto, não houve propriamente nenhuma alteração no desenvolvimento do DIC ou nos princípios jurídicos do Direito Internacional que pudessem justificar tal entendimento. Nesse sentido, Gathii (2005, p. 101, 102) argumenta que a prática estatal e a *opinio juris* em relação ao uso da força não se modificaram desde 2001. Para o autor, a prática estatal inconsistente confirma a norma cristalizada de Direito Internacional em virtude da ausência de representativa evidência em contrário, sendo considerada uma mera violação da norma. Desse modo, um reduzido grupo de Estados em um curto espaço de tempo não poderia criar uma nova norma consuetudinária, especialmente em oposição a uma norma que apresenta caráter de *jus cogens*. Segundo Khosla, a análise de Gathii ilustra a completa desconsideração pelas normas existentes de Direito Internacional por parte de países do Primeiro Mundo e evidencia a abordagem TWAIL III em relação a esses Estados. Contudo, tal abordagem centrada nos Estados não pode inteiramente se afastar dos debates sobre o indivíduo, das instituições internacionais e das necessidades dos povos do Terceiro Mundo, que são cada vez mais essenciais na sociedade contemporânea.

As abordagens contemporâneas TWAIL associam valores igualitários ocidentais e terceiro-mundistas para o estabelecimento das normas jurídicas, éticas e políticas em um processo de interação que envolve o estabelecimento de normas transformadoras, mas que levam em conta a história do Direito Internacional, especialmente a relação entre as nações imperialistas e a suas ex-colônias. Desse modo, Gathii (2011, p. 40-41) argumenta que as tensões políticas do legado imperial e pós-imperial produzem um ambiente favorável para a criação de novas concepções no Direito Internacional que se sobrepõem a essa oposição. Além disso, as abordagens TWAIL demonstram como as constituições culturais e históricas do Direito Internacional se relacionam com questões sobre resistência e protesto em detrimento de um processo unilinear de normas universais.

Chimni (2004, p. 15-16; 2018, p. 34; 2022, p. 43) afirma que é somente quando um sistema enfrenta uma crise¹⁸⁷ ou há uma contínua resistência por parte dos Estados e de forças da sociedade civil que uma nova teoria de Direito Internacional é adotada.

¹⁸⁷ Como exemplos mais recentes, Sands (2022, preface) refere-se às crises decorrentes da pandemia do coronavírus em 2020, a crise econômica de 2008 e a guerra contra o terrorismo iniciada em 2001.

Na abordagem terceiro-mundista, as fases do desenvolvimento do Direito Internacional estão atreladas às diferentes fases do imperialismo desde o século XVII. Assim, no entendimento da abordagem TWAIL, a concepção de crise está profundamente enraizada na história e nas suas estruturas, sendo inerente ao fenômeno do imperialismo. Para o referido autor, as mudanças no sistema jurídico internacional na era pós-colonial dependem da correlação entre as forças políticas e sociais.

Contudo, Estados e forças sociais sem poder não levam à formação de normas consuetudinárias internacionais. Os Estados do Terceiro Mundo reconhecem o caráter injusto das normas de DIC criadas contrariamente aos seus interesses e apesar de já terem influenciado a evolução das normas consuetudinárias em certas áreas, como na questão da compensação da expropriação do investimento estrangeiro, ainda há uma dificuldade estrutural de incluir os seus interesses e dos seus povos no contexto dessas normas (GALINDO, 2017, p. 269-270). Desse modo, a análise terceiro-mundista do Direito Internacional Consuetudinário deve levar em conta as razões que fazem com que certas normas se desenvolvam como consuetudinárias. Para Byers (2003, p. 205), o entendimento em comum da relevância jurídica da norma constitui um dos elementos essenciais para a sua formação. Todavia, a formação da norma consuetudinária ultrapassa os limites do Direito Internacional e fatores históricos, como as guerras mundiais e a posição dos Estados nas relações internacionais, também são relevantes nesse processo.

Diante do caráter antidemocrático presente no Direito Internacional Consuetudinário, somente uma doutrina que leve em consideração a prática estatal e *opinio juris* dos Estados do Terceiro Mundo em questões que lhe sejam relevantes e baseada na sua tradição jurídica e cultural poderá constituir uma ordem internacional mais justa. Assim, as abordagens do costume tradicional e moderno devem responder aos anseios de uma sociedade que é ao mesmo tempo internacional e local, mas não exclusivamente ocidental. Eslava (2014, p. 46-47) alega que o Direito Internacional sempre esteve atrelado ao “estabelecimento de uma ordem” internacional cujo método de interpretação é fundamental para definir como a norma será estabelecida, tendo a ideologia um papel preponderante nesse sentido. Assim, a abordagem TWAIL das normas consuetudinárias promove um processo reflexivo para uma melhor compreensão do Direito Internacional sob o ponto de vista dos Estados terceiro-

mundistas ao propor uma doutrina mais inclusiva e tem como desafio o seu estabelecimento na ordem jurídica internacional.

5 OS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO NO SÉCULO XXI

Este capítulo analisará os desafios enfrentados pelo Direito Internacional Consuetudinário perante a Nova Ordem Internacional marcada pelo fenômeno da globalização e a conseqüente interdependência e cooperação entre os Estados, além da crescente atuação de outros atores na sociedade internacional, como as organizações internacionais, as organizações não governamentais, os indivíduos, os grupos armados não estatais e as corporações transnacionais. Primeiramente, o papel do costume será analisado juntamente com o surgimento de uma nova abordagem normativa mais informal, denominada *informal international lawmaking*. Em seguida, será ressaltado o papel das organizações internacionais e atores não estatais na formação e identificação das normas consuetudinárias internacionais.

5.1 O costume na Nova Ordem Internacional

Segundo Silva (2019, p. 3, 28), a Nova Ordem Internacional (NOI) surgiu paulatinamente a partir de 1989, tendo como principal característica a supremacia do capitalismo sobre o socialismo como sistema mundial, resultando na conseqüente eliminação das barreiras à circulação de capitais nas operações financeiras e instaurando um novo sistema internacional. O autor considera que relevantes aspectos tais como "[...] a ascensão da China, a crise econômica dos Tigres Asiáticos e países emergentes, a incerteza dos limites do poder da União Europeia e a conflituosa relação Norte-Sul [...]" devem ser destacados na NOI (SILVA, 2019, p. 26). Já Slaughter (2004, p. 15) apresenta o conceito de ordem internacional como um sistema de governança global caracterizado pela cooperação com o fim de alcançar a paz e a prosperidade, assegurando um mínimo de dignidade humana.

A Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI)¹⁸⁸ é amplamente marcada pela globalização, que tem no sistema financeiro um dos seus principais aspectos. Com a desregulamentação da economia, há um montante maior de capital disponível à especulação, aumentando a autonomia do setor financeiro junto às instituições

¹⁸⁸ No entendimento de Silva (2019, p. 1-4), a nova ordem internacional assume as vertentes política, econômica e a do comércio Internacional. O autor não se refere à NOEI instituída pela Assembleia Geral da ONU conforme as Resoluções 3.201 e 3.202, que pela pouca adesão dos Estados desenvolvidos não entrou em vigor, servindo meramente para o estabelecimento de um ideal de solidariedade internacional.

oficiais. Dessa forma, há uma limitação no papel do Estado no exercício das suas atividades econômicas diretas, centrando-se nas áreas de planejamento e assistência social e ensejando inovações jurídicas (SILVA, 2019, p. 28-29).

Assim, a NOEI não pode ser estabelecida nos moldes de um sistema de Direito Internacional baseado no “Direito das nações civilizadas” (BULAJIC, 2013, p. 45). Não se trata, portanto, de estabelecer um Direito revolucionário, mas sim evolutivo conforme as novas realidades da sociedade internacional. Apesar do antigo sistema colonial já ter sido extinto, mais de cem países em desenvolvimento continuam a enfrentar problemas relacionados à instabilidade econômica e à opressão neocolonial. Tal situação ainda foi exacerbada pela pandemia do coronavírus, a guerra na Ucrânia, a crise energética e a consequente inflação, agravando ainda mais a situação econômica e as desigualdades sociais (UNITED NATIONS, 2020, p. 2; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2022, iv). A NOEI representa um processo de descolonização da economia, constituindo-se em um requisito essencial para o alcance da paz mundial.

Nesse sentido, a NOEI ressalta a importância do benefício mútuo e dos princípios da interdependência e cooperação no Direito Internacional (ANGHIE, 2015, p. 145). Novas regras devem ser desenvolvidas para refletir os anseios de uma sociedade internacional baseada em uma ordem econômica descentralizada, interdependente e mais integrada do que a projetada em Bretton Woods em que as regras econômicas eram estabelecidas por tratados multilaterais concluídos entre as nações mais industrializadas. Staubach (2018, p. 204) assevera que após décadas dos tratados multilaterais terem sido considerados a fonte mais importante do Direito Internacional, o cenário atual revela crescentes dificuldades de conferências multilaterais estabelecerem regras econômicas vinculantes entre os Estados (ZAMORA, 1989, p. 9-10) e uma “estagnação”¹⁸⁹ em relação à celebração de tratados multilaterais em diversas áreas pode ser percebida. Conforme o autor, a flexibilidade do costume adapta-se mais aos complexos sistemas da nova ordem internacional.

¹⁸⁹ Aproximadamente 35 tratados multilaterais foram depositados junto ao Secretário-Geral da ONU em cada década no período de 1950 a 2000; entre 2000 e 2010, o número diminuiu para vinte; e nenhum tratado foi depositado entre 2011 e 2013 (PAUWELYN; WESSEL; WOUTERS, 2014a, p. 734-735).

Entretanto, Pauwelyn, Wessel e Wouters (2014a, p. 733, 736) argumentam que apesar da intensa interdependência e cooperação na sociedade internacional poderem acarretar o processo de aceleração das normas consuetudinárias, a atual preferência dos Estados por acordos informais mais flexíveis¹⁹⁰ apresenta um impacto sobre a formação dessas normas na medida em que o seu elemento subjetivo da *opinio juris* exige o estabelecimento do caráter juridicamente vinculante de uma obrigação. Além disso, com a redução do número de tratados multilaterais, a evidência do elemento da *opinio juris* confirmada pela prática se torna mais escassa. Para os autores, a utilização do Direito Internacional tradicional está cedendo lugar a uma abordagem com uma construção normativa mais informal, que denominam “*informal international lawmaking*”.¹⁹¹

Nessa perspectiva, Hamid e Wouters (2016, p. 333) consideram que o limitado escopo das fontes tradicionais do Direito Internacional, conforme estabelecido pelo artigo 38 da Corte Internacional de Justiça,¹⁹² é incapaz de responder às complexidades das modernas relações internacionais decorrentes do fenômeno da globalização, desenvolvimento econômico, tecnologia e segurança cibernética, dentre outros. Com o intuito de contornar a rigidez da estrutura tradicional do Direito Internacional, os Estados têm buscado uma cooperação informal, estabelecendo métodos não tradicionais para a regulação da ordem jurídica e modificando a sua estrutura.¹⁹³

¹⁹⁰ Segundo Aust (1986, p. 787), um instrumento informal caracteriza-se pela intenção das partes de não o tornar juridicamente vinculante.

¹⁹¹ Segundo Pauwelyn, Wessel e Wouters (2012, p. 2-3, 506), o IN-LAW é um processo informal na medida em que exclui alguns requisitos relacionados ao Direito Internacional tradicional quanto ao seu resultado, processo e atores. Assim, produz um resultado informal devido ao fato de não gerar uma norma de um tratado ou de outra fonte tradicional de Direito Internacional. O seu processo ocorre em um fórum, mas não dentro de uma organização internacional. Quanto aos seus atores, a cooperação internacional é considerada informal por não envolver atores tradicionais como os agentes diplomáticos, mas incluir agências e outras instituições que não são consideradas sujeitos pelo Direito Internacional. Entretanto, contrariamente ao entendimento de Aust (1986, p. 787), Pauwelyn (2012a, p. 15-16) afirma que a informalidade do IN-LAW não se caracteriza pela intenção de não o tornar juridicamente vinculante. Além disso, diversamente do *soft law*, o IN-LAW não apresenta disposições genéricas ou normas aspiracionais, sendo o seu desenvolvimento baseado no consenso em que há o dever de observância às suas normas pelas partes.

¹⁹² BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁹³ Como exemplos, a Conferência Internacional de Harmonização para produtos farmacêuticos, a Iniciativa de Segurança contra a Proliferação de Armas de destruição em massa, o Acordo de Copenhague sobre mudanças climáticas e o Conselho de Estabilidade Financeira (FSB) (PAUWELYN; WESSEL; WOUTERS, 2012, p. 501).

Desse modo, Klabbers (2011, p. 71) afirma que a globalização parece ter contornado o Direito Internacional tradicional, que tende a favorecer a riqueza em detrimento da pobreza e facilita a globalização ao invés de regulá-la.

Outrossim, o surgimento de uma sociedade cada vez mais diversificada e complexa modifica os atores, processos e resultados que integram a cooperação internacional. A rígida estrutura do Direito Internacional tradicional baseada nos atores centrais de autoridades dos Estados, nos processos de elaboração de normas realizados nas organizações internacionais e nos resultados de normas estipuladas em tratados não mais se adapta à sociedade internacional contemporânea. Assim, Hamid e Wouters (2016, p. 33, 341) argumentam que há uma crescente utilização do IN-LAW e um declínio na utilização das fontes tradicionais do Direito Internacional de forma a gerar uma crise no Direito Internacional.

Nesse prisma, Trachtman (2016, p. 172, 173) considera o costume como uma fonte inadequada para fornecer mecanismos efetivos diante da complexa e interdependente sociedade internacional contemporânea. Para o autor, o DIC apresenta relevantes limitações tais como o fato de não poder ser previamente coordenado, não se apresentar de maneira suficientemente detalhada, não haver reciprocidade entre os Estados, não ser controlado pelo poder legislativo nacional, estar sujeito às excessivas interpretações dos Estados, além de apresentar caráter não consensual e vinculante (GUZMAN, 2012, p. 30). A teoria do costume internacional é criticada por ser incoerente (FIDLER, 1996, p. 198), ilegítima, manipulável e indeterminada (KELLY, 2000, p. 451), não associando os seus fundamentos à evolução da sociedade (ROBERTS, 2001, p. 757). Diante dessas razões, Trachtman ressalta que o Direito Internacional Consuetudinário não seria a resposta apropriada para a sociedade internacional contemporânea, apesar de tido grande relevância entre os séculos XVII a XX.

Por outro lado, Sender e Wood (2016, p. 364-365) ressaltam a importância do costume internacional em áreas ainda não codificadas tais como os conflitos armados não internacionais e a sua capacidade de se adaptar às questões contemporâneas como o Direito Espacial. Além disso, o costume exerce também um importante papel em áreas já codificadas (HAMID; WOUTERS, 2016, p. 347), mas ainda não vinculantes como o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados

(UNITED NATIONS, 2001) e em relação à interpretação de tratados que se referem às normas de DIC (GUZMAN, 2012, p. 119-120). Shaw (2010, p. 59) também destaca a capacidade de formação das normas de DIC sem a necessidade de convocação de uma conferência internacional. E Trachtman (2016, p. 193-194) reconhece que até mesmo o fato de ser vinculante a todos os Estados pode facilitar a cooperação dos Estados. Assim, não obstante a sua conflituosa discussão teórica, a sua relevância prática permanece.

Contudo, Hamid e Wouters (2016, p. 344) argumentam que caso os Estados busquem uma alternativa aos tratados com o intuito de estabelecer um meio mais rápido e menos oneroso para a cooperação internacional de modo a evitar os procedimentos de ratificação doméstica, o *informal lawmaking* poderá cumprir esse papel em detrimento do costume. Nesse sentido, Guzman (2005, p. 119) alega que a utilização do IN-LAW poderá tornar o costume irrelevante.

Ao ser comparado com o *informal law making*, o costume apresenta algumas desvantagens como a sua falta de precisão, reduzindo o seu papel para moldar expectativas em relação à futura prática (HELPER; WUERTH, 2014, p. 18), além de requerer um processo mais longo para a sua modificação devido à necessidade da consistente prática estatal confirmada pela *opinio juris* (COHEN, 2007, p. 77). Ademais, as normas consuetudinárias também não podem ser estabelecidas de maneira coordenada e não admitem a exclusão dos Estados devido aos seus próprios interesses (HAMID; WOUTERS, 2016, p. 347).

Entretanto, Helfer e Wuerth (2014, p. 5-6, 26, 28) argumentam que as características do costume de universalidade, vinculação e não negociabilidade, que o distinguem do IN-LAW, também podem servir como um relevante instrumento para a cooperação internacional quando os Estados buscam estabelecer uma cooperação com reduzido impacto distributivo da norma devido à ausência de negociação e quando procuram associar características estruturais e normativas do sistema jurídico internacional. Nesse sentido, a maior parte das normas de DIC atualmente estão estabelecidas em áreas que, em princípio, todos os Estados poderiam se beneficiar, envolvendo questões de interação entre Estados, Direito dos Tratados, Direitos Humanos Internacionais, Direito Humanitário Internacional, Direito Econômico Internacional, Direito Econômico Internacional, dentre outras (TRACHTMAN, 2016, p. 198). Além

disso, devido à capacidade de vinculação do costume internacional, algumas normas alcançaram o status de *jus cogens* e, de forma similar à constituição dos Estados, integram o sistema jurídico internacional ou refletem valores aspiracionais ou normativos básicos (HAMID; WOUTERS, 2016, p. 349). Todavia, o caráter não negociável do costume o distingue das constituições tradicionais, que são escritas e resultantes de intensas negociações. Assim, as características da universalidade e não negociabilidade do costume internacional podem persuadir Estados sobre o conteúdo das suas normas como resultado de valores básicos e estruturais de forma a beneficiar a sociedade internacional.

Além disso, o costume e o IN-LAW também podem exercer os seus papéis de maneira complementar. Abbott e Snidal (2004, p. 50 e 54) ressaltam que o uso de um instrumento informal utilizado na cooperação poderá acarretar a obrigatoriedade da norma. Desse modo, a sucessiva repetição da norma em instrumentos de *informal lawmaking* poderá levar à formação da prática e *opinio juris* (HAMID; WOUTERS, 2016, p. 351). As relações ambientais transfronteiriças, por exemplo, foram inicialmente formuladas por meio de instrumentos informais como a Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento (UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1992) e atualmente são consideradas normas consuetudinárias. Nesse sentido, a CIJ reconheceu a obrigação dos Estados de assegurar a proteção ambiental no seu território e respeitar o meio ambiente dos outros Estados como normas integrantes do Direito Internacional Consuetudinário.¹⁹⁴

Segundo Shelton (2009, p. 71-72) um instrumento normativo não vinculante poderá codificar uma norma preexistente de DIC e lhe dar maior precisão por meio de um texto escrito. A autora reitera que instrumentos não vinculantes podem evidenciar um costume emergente e esclarecer o seu conteúdo, ressaltando que os processos de elaboração e votação desses instrumentos também podem ser considerados como uma forma de prática estatal quando representada por distintas regiões e diferentes sistemas econômicos e políticos. Desse modo, alguns dispositivos da Carta Mundial para a natureza, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1982, tais como a

¹⁹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022. para. 29.

avaliação do impacto ambiental e direitos participatórios foram reconhecidos como consuetudinários (ATAPATTU, 2012, p. 212).

Além da prática estatal, instrumentos de *informal lawmaking* ou *soft-law* também podem evidenciar *opinio juris* (BOYLE; CHINKIN, 2007, p. 212). A própria CIJ afirmou no caso Nicarágua que a *opinio juris* dos Estados em relação à proibição do uso da força poderia ser deduzida de resoluções da Assembleia Geral da ONU.¹⁹⁵

Todavia, Hamid e Wouters (2016, p. 355-356) argumentam que em virtude do caráter não vinculante do IN-LAW, poderia se questionar a intenção das partes de não torná-lo vinculante a determinada prática, ou seja, se a *opinio juris* decorre da convicção das partes de que uma norma é juridicamente vinculante, o *informal lawmaking* não poderia evidenciar o elemento subjetivo do costume. Além disso, o fato de englobar atores não tradicionais como corporações transnacionais e organizações não governamentais também poderia ser aventado. Assim, deve-se avaliar se esses fatos são realmente impeditivos dentro da sociedade internacional contemporânea de forma que a denominação de um instrumento seja mais relevante do que a sua substância e a definição do costume definitivamente exclua a participação desses novos atores.

Nessa perspectiva, reconhece-se o IN-LAW não somente como um processo apto a gerar normas a serem seguidas, mas também capaz de gerar expectativas. Desse modo, Weil (1983, p. 415) alega que instrumentos informais criam expectativas e podem até mesmo influenciar a conduta dos Estados em maior medida do que as fontes tradicionais. A cooperação realizada pelo *informal lawmaking* abrange um consenso ainda maior do que as fontes tradicionais devido à participação dos seus diversos atores, apresentando um processo mais inclusivo e adaptado ao desenvolvimento da sociedade internacional (PAUWELYN; WESSEL; WOUTERS, 2012, p. 512-513). Assim, consideramos que os instrumentos informais quando associados a uma alta conformidade com a prática estatal podem evidenciar o elemento subjetivo do costume.

¹⁹⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. **ICJ Reports**, Hague, 1986 (USA/Nicaragua). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 188.

Em relação à participação de atores não estatais, a alínea b, do n° 1 do art. 38 do Estatuto da CIJ¹⁹⁶ não faz nenhuma referência explícita à prática dos Estados. Nesse sentido, Pauwelyn, Wessel e Wouters (2012, p. 531) alegam que, ao menos teoricamente, há abertura para a participação de novos atores no costume. Desse modo, entendemos que os instrumentos informais, apesar de não serem provenientes somente da prática estatal, não obstam o reconhecimento da evidência de *opinio juris*.

Nesse sentido, Pauwelyn (2012b, p. 128, 156) argumenta que embora o IN-LAW não seja juridicamente vinculante, poderá produzir efeitos jurídicos conforme os diferentes instrumentos normativos adotados. Tais instrumentos informais estão baseados na boa-fé, influenciam a prática estatal e geralmente expressam uma importância na criação do Direito (KLABBERS, 2012, p. 220). Dessa forma, Hamid e Wouters (2016, p. 350, 357-359) questionam se o IN-LAW poderia emergir como um “novo costume”. Para Pauwelyn, Wessel e Wouters (2014a, p. 744) o Direito Internacional poderia incorporá-lo ou meramente reconhecer a cooperação internacional baseada essencialmente entre os Estados, mas com um escopo jurídico internacional mais abrangente. Em relação à sua incorporação, compartilhamos da posição desses autores de que seria uma transformação radical, inviável na presente sociedade internacional centralizada nos Estados. Contudo, consideramos que o desenvolvimento do Direito Internacional está atrelado à evolução da sociedade¹⁹⁷ e diante da nova ordem internacional e da crescente interdependência entre os Estados, o costume e o *informal lawmaking* atuam de forma complementar, em que cooperações informais e a presença de novos atores são cada vez mais relevantes. Nesse prisma, o Direito Internacional Consuetudinário atua não somente em relação à interação dos Estados, mas também quanto à sua cooperação, devendo estabelecer um sistema jurídico mais inclusivo e responder aos novos desafios de uma sociedade internacional mais complexa do século XXI.

¹⁹⁶ BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 8.

5.2 O surgimento de novos atores na sociedade internacional contemporânea

Embora os Estados continuem a exercer o papel central na formação do Direito Internacional Consuetudinário, a proliferação de organizações internacionais e atores não estatais¹⁹⁸ como organizações não governamentais, indivíduos, grupos armados não estatais e corporações transnacionais exercem um crescente papel nesse sentido. O Projeto de Conclusões sobre a identificação do DIC em 2018 reconheceu que a prática das organizações internacionais poderá contribuir “em certos casos” para a formação das normas de DIC relacionados às regras dos seus mandatos e àquelas especialmente a elas direcionadas, baseadas na sua responsabilidade internacional ou em tratados dos quais sejam partes (UNITED NATIONS, 2018, p. 130-131). No entanto, o Projeto considerou que a conduta de outros atores não é considerada prática que contribua para a formação do DIC, apesar de ser relevante para a avaliação da prática dos Estados e organizações internacionais.

Em relação às organizações internacionais, o Projeto de Conclusões se baseia na concepção das organizações como agentes do Estado, sendo a sua prática equiparada aos Estados quando suas competências exclusivas são transferidas para a organização (UNITED NATIONS, 2018, p. 131). Deplano (2017, p. 2) considera que tal concepção formalista não reflete a prática internacional contemporânea, pois desconsidera a variedade de instrumentos adotados pela organização. Além disso, alega que apesar do Projeto estabelecer no parágrafo 2 da Conclusão 12 que as resoluções poderão evidenciar uma norma de DIC ou contribuir para o seu desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2018, p. 147), tais resoluções são consideradas como atos coletivos dos Estados e não das próprias organizações internacionais.

Nesse sentido, Odermatt (2017, p. 492) argumenta que, embora a Comissão aceite que a prática de organizações internacionais possa ser relevante para a formação do DIC, o Projeto de Conclusões permanece centralizado no Estado e aparenta certa resistência em aceitar que a prática das organizações internacionais, como tal, possa contribuir para o desenvolvimento do Direito Consuetudinário. Segundo os comentários da CDI, como regra geral, será mais relevante a prática das organizações

¹⁹⁸ Segundo Bílková (2020, p. 201) não há uma definição rígida sobre o termo “atores não estatais”. No entanto, a Comissão de Direito Internacional considerou que esses atores englobam as organizações não governamentais, indivíduos, corporações transnacionais e grupos armados não estatais (UNITED NATIONS, 2018, p. 132).

quando executada diretamente em nome dos Estados membros ou endossada por eles, e que, quanto maior o número desses Estados, maior será a influência da organização na formação, ou expressão de normas de DIC (UNITED NATIONS, 2018, p. 131).

Daugirdas (2018, p. 1-3) destaca que as organizações internacionais podem contribuir diretamente para a formação do costume quando o Direito Consuetudinário regular as interações entre as organizações internacionais e entre estas e os Estados, e ainda quando exercerem o mesmo tipo de atividades dos Estados.

Brölmann (2020, p. 44) endossa as críticas às Conclusões, afirmando que fazem uma análise sucinta do papel independente das organizações internacionais na formação e identificação do DIC e que ressaltam mais as organizações como estruturas para a formação do DIC dos Estados. Nesse sentido, Odermatt (2017, p. 497) acrescenta que nem o Projeto de Conclusões tampouco os Relatórios da Comissão¹⁹⁹ esclarecem questões das organizações tais como o tipo de prática que deve ser levada em consideração, como esta deve ser concebida, com quais tipos de normas a prática das organizações pode contribuir e quem está sujeito a essas normas.

Além disso, o Projeto de Conclusões não faz referência ao elemento subjetivo do costume nas organizações internacionais, somente ao dos Estados (UNITED NATIONS, 2018, p. 140-143). Nesse contexto, as organizações internacionais atuam predominantemente como veículos dos Estados e evidenciam a *opinio juris* e a prática destes, apresentando-se, nas palavras de Brölmann (2020, p. 44-45) com um “véu institucional transparente”. A autora afirma que, embora o Projeto de 2018 reconheça a possibilidade de um papel independente para as organizações internacionais, não apresenta conclusões elaboradas, não estabelecendo como o elemento subjetivo da organização deveria ser determinado, nem quando diferenciar a prática (ou *opinio juris*) de uma organização da prática dos seus Estados membros.

No que diz respeito às resoluções das organizações internacionais, são definidas como “todas as decisões e outros atos adotados por organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais, independente de sua designação e se são

¹⁹⁹ A Comissão adotou 5 relatórios. (UNITED NATIONS. International Law Commission. **Reports of the Special Rapporteur on Identification of Customary International Law** [2013; 2014; 2015; 2016; 2018]. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml. Acesso em: 20 jul. 2019.)

juridicamente obrigatórias ou não” (UNITED NATIONS, 2016, p. 107 para. 2, tradução nossa).²⁰⁰ Ao considerar o papel das resoluções no Projeto, Lima afirma que:

[...] o projeto não somente reconhece que resoluções de organizações internacionais são forma de prática e *opinio juris*, mas também expressa que, em determinadas circunstâncias, uma resolução pode refletir uma regra costumeira de Direito Internacional (LIMA, 2017, p. 206).

Nesse prisma, ao mesmo tempo que as Conclusões reconhecem que a prática de uma organização internacional, como tal, possa contribuir para o desenvolvimento do DIC, o Projeto da CDI considera as resoluções como atos de Estados que participam do trabalho na instituição, refutando o papel das resoluções como fontes formais de Direito Internacional (DEPLANO, 2020, p. 259).

O papel das organizações internacionais no Direito Internacional Consuetudinário também já foi discutido pela CIJ. No caso sobre o acordo de sede da Organização Mundial de Saúde, a Corte declarou que as organizações estão vinculadas ao Direito Consuetudinário, concluindo que a decisão tinha sido baseada de acordo com o Direito Internacional Geral, a Constituição da organização e os tratados em questão.²⁰¹ Também no Parecer Consultivo do caso *Wall*, a Corte reconheceu a “prática aceita” das organizações internacionais.²⁰²

A CIJ também ressaltou o papel das resoluções em seu parecer consultivo do caso Chagos sobre a questão da legalidade do processo de descolonização de Maurício, tendo em vista o Direito Internacional e as obrigações refletidas nas resoluções da Assembleia Geral, quando o país ficou independente, após a separação do Arquipélago de Chagos. A Corte declarou que a Resolução 1514 (UNITED NATIONS, 1960) representou um momento decisivo na consolidação da prática dos Estados no processo de descolonização e que a Assembleia Geral já havia afirmado em várias resoluções anteriores sobre o direito à autodeterminação, tendo a referida resolução

²⁰⁰ No original: “all resolutions, decisions and other acts adopted by international organizations or at intergovernmental conferences, whatever their designation”. (UNITED NATIONS. International Law Commission. **Report of the Sixty-Eighth Session**. A/71/10, Geneva, 2016. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf. Acesso em: 1º ago. 2019. p. 107 para. 2.).

²⁰¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1980. p. 95 para. 48.

²⁰² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019. p. 150 para. 28.

caráter declaratório em relação ao direito de autodeterminação como norma consuetudinária, considerando o conteúdo e as condições de sua adoção.²⁰³

Embora pareça ser incontestável que resoluções possam ser evidência do costume, especialmente quanto ao seu elemento subjetivo, a interpretação do Projeto de Conclusões é problemática em relação à função constitutiva da resolução; se resoluções são vistas como uma simples forma de prática estatal coletiva, resultam em uma manifestação de vontade do Estado, perdendo assim seu caráter de espontaneidade do costume (DEPLANO, 2020, p. 240).

Para Blokker (2017, p. 10), a CDI deveria ter sido mais consistente e realista ao considerar o papel das organizações internacionais, deixando de abordá-las exclusivamente de modo isolado em relação ao Direito Consuetudinário, tendo em vista que cada vez mais se reconhece que essas organizações estão sujeitas às relevantes regras de DIC que lhes sejam aplicáveis. Conforme o autor, para determinar se há violação de uma obrigação por uma organização internacional, é necessário avaliar a quais obrigações internacionais ela está sujeita. Além dos tratados, muitas organizações internacionais concluem acordos específicos na área de sua competência que contêm obrigações. Entretanto, há uma lacuna entre o crescimento das atividades das organizações internacionais e a sua regulação na ordem jurídica internacional. Apesar da existência da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (UNITED NATIONS, 1986),²⁰⁴ essas organizações ainda não são partes integrantes de convenções de Direitos Humanos e das Convenções de Genebra. O Direito Consuetudinário é, portanto, uma importante fonte para preencher essa lacuna. Nesse sentido, reconhece-se que as organizações internacionais estão cada vez mais sujeitas ao DIC e contribuindo para o seu

²⁰³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019. p. 36 para. 150 e 152.

²⁰⁴ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais ainda não entrou em vigor e ainda não foi ratificada pelo Brasil (UNITED NATIONS. **United Nations Treaty Collection**. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. Vienna, 21 March 1986. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en. Acesso em: 12 out. 2022.

desenvolvimento, não obstante a sua limitada perspectiva estabelecida no Projeto da CDI.

Já em relação às organizações não governamentais, o Projeto de Conclusões estabelece que podem incentivar a prática e *opinio juris* dos Estados e organizações internacionais (UNITED NATIONS, 2018, p. 132). Segundo Arazova (2020, p. 405, 416-418), essas organizações atuam de modo a identificar, defender, promover e consolidar a prática dos Estados. Para a autora, as organizações não governamentais influenciam o DIC ao enfatizar a convicção dos Estados e das organizações internacionais de que a sua prática seja juridicamente vinculante ao criar o elemento subjetivo da *opinio juris*. Além disso, as ONGs também invocam as normas de DIC existentes para que sejam respeitadas pelos outros sujeitos de Direito Internacional, influenciando a sua aplicação e desenvolvimento. Nesse sentido, os efeitos das atividades das organizações não governamentais poderão acarretar o desenvolvimento da norma de DIC e ressaltar a sua importância e observância. A autora classifica esses efeitos segundo três categorias de atividades: (i) aquelas que defendem o caráter consuetudinário e interpretativo das normas; (ii) as que atuam na consolidação do seu conteúdo e (iii) as que agem para a sua criação e desenvolvimento. As ONGs defendem as normas de DIC por meio da análise da prática estatal de modo a promover tais normas, como na proibição da tortura, liberdade de expressão e direito à vida.²⁰⁵ Além disso, essas organizações lidam com atividades destinadas ao monitoramento do cumprimento das normas de DIC pelas cortes domésticas e internacionais. Ao observar a prática dos Estados e organizações internacionais em relação às normas de DIC, as ONGs contribuem para o seu desenvolvimento por meio de campanhas educacionais e relatórios especializados, como na campanha para o estabelecimento da proibição da pena de morte como uma norma consuetudinária.²⁰⁶

As organizações não governamentais também têm enfatizado a aplicação das normas internacionais consuetudinárias em relação aos atores não estatais em virtude da falta

²⁰⁵ Como exemplo, a defesa do direito à vida durante os conflitos armados promovida pela Anistia Internacional (AMNESTY INTERNATIONAL. **Israel and Occupied Palestinian Territories: Families under the Rubble.** Nov., 2014. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/032/2014/en/>. Acesso em: 26 set. 2022.).

²⁰⁶ NO DEATH PENALTY. Campaign to End the Death Penalty. **9 Arguments against Death Penalty: Are there any Pros?** Disponível em: <https://nodeathpenalty.org/>. Acesso em: 26 set. 2022

de proteção no Direito Internacional Humanitário e nos Direitos Humanos Internacionais, como o direito ao devido processo legal e ao julgamento justo. Além disso, têm contestado Estados que procuram expandir o uso da força letal sob o pretexto de conflitos armados contra grupos armados não estatais e promover a utilização de *drones* em guerras com o intuito de estabelecer “assassinatos seletivos” (ARAZOVA, 2020, p. 419). Assim, a Anistia Internacional afirmou que a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos pelo Direito Internacional e constituem uma norma consuetudinária (AMNESTY INTERNATIONAL, 2015, p. 6).

Nesse prisma, as organizações não governamentais têm moldado não somente a forma com que os Estados e as organizações internacionais atuam em relação ao DIC, mas também como outros atores e instituições o aplicam. As ONGs exercem um papel indireto na criação do DIC, atuando de maneira formal quando utilizam argumentos jurídicos com o fim de pressionar a prática dos Estados e organizações internacionais (ARAZOVA, 2020, p.427-429). A sua influência no Direito consuetudinário emana não somente da capacidade de mobilizar esses sujeitos, mas também de estimular o processo informal de criação do Direito (PAUWELYN; WESSEL; WOUTERS, 2014, p. 87-88). Ao incentivar a prática estatal positiva e a sua aceitação como uma obrigação jurídica, as ONGs enfatizam a interpretação do Direito Internacional no contexto de interação entre Estados e a internalização dessas normas entre atores estatais e não estatais.

As organizações não governamentais também atuam de modo informal quando contribuem para a consolidação das normas de DIC nos processos de tomada de decisão dos Estados e organizações internacionais para que adotem as medidas apropriadas tanto no âmbito doméstico quanto internacional. Essas manifestações das ONGs podem acarretar maior respeito e observância pela norma consuetudinária. Uma organização não governamental que atua em tal processo pode facilitar o entendimento da importância de determinadas normas de Direito Internacional, alinhando as suas ações com a de outros setores da sociedade. Na medida em que os Estados não são capazes de lidar com as inúmeras questões referentes ao Direito Internacional, também são beneficiados com a participação das ONGs. Dessa forma, o papel das organizações não governamentais é ressaltado, havendo um benefício

mútuo entre elas e os Estados e não agindo meramente como confrontadoras dos Estados e organizações internacionais devido às violações de Direito Internacional.

Nesse sentido, as ONGs exercem uma pluralidade de papéis formais e informais que moldam o conteúdo das normas de DIC, influenciando Estados, organizações internacionais e atores não estatais e integrando o processo de criação do Direito Internacional não apenas por meio dos grupos específicos que suas atividades representam (ARAZOVA, 2020, p. 432-433). Segundo Gunning (1991, p. 234), é esse processo de interação que deve ser reconhecido para uma abordagem moderna do DIC. Apesar da Comissão de Direito Internacional ter estabelecido que essas organizações exercem um papel indireto na identificação das normas consuetudinárias (UNITED NATIONS, 2018, p. 132), a contribuição das suas atividades para a prática jurídica internacional e a sua crescente importância junto aos Estados e ao Direito Internacional faz com que esse papel deva ser mais bem observado e analisado pela sociedade internacional contemporânea.

Em relação aos indivíduos, o Projeto de Conclusões da CDI estabelece que, assim como as organizações não governamentais, a sua conduta também não contribui para a formação das normas consuetudinárias (UNITED NATIONS, 2018, p. 132). Wood, Relator do Projeto, afirma que embora os indivíduos exerçam um importante papel em relação à promoção do Direito Internacional ao avaliar e estimular a prática estatal por meio de reivindicações nas cortes domésticas, os seus atos não são considerados como “prática” para a formação e identificação das normas de DIC (UNITED NATIONS, 2014, p. 183). Entretanto, os comentários do Projeto de Conclusão ressaltam que os atos dos indivíduos poderão ser relevantes para a formação da norma consuetudinária quando endossados pelos Estados (UNITED NATIONS, 2018, p. 132).

Apesar do Direito Internacional considerar os indivíduos como seus sujeitos, protegidos e vinculados às suas normas, o seu não reconhecimento para a determinação da norma internacional consuetudinária contribui para um maior déficit de legitimidade. Segundo Ochoa (2007, p. 164-167; 2006, p. 136) tal fato é ainda exacerbado em virtude dos indivíduos, na prática, fazerem parte desse processo. Nesse sentido, Paust (1990, p. 62) argumenta que é por meio da participação dos indivíduos na formação da norma de DIC que este apresenta eficácia e alcança o seu

caráter democrático. Além disso, em virtude do processo de globalização e da consequente limitação da soberania do Estado, houve um questionamento em relação ao conceito de cidadania e um fortalecimento do papel do indivíduo no Direito Internacional. Desse modo, o surgimento de uma sociedade internacional cosmopolita modifica a sua estrutura jurídica existente e o reconhecimento e inclusão do indivíduo na formação do DIC tornam-se ainda mais necessários.

Segundo o entendimento de Peters (2016, p. 419-420), os indivíduos já integram o processo de formação do DIC, estando tais normas previstas no Direito Internacional Humanitário e nos Direitos Humanos fundamentais que contêm o caráter de *jus cogens* e não podem ser abolidas por tratados. Para Cassidy (2004, p. 572), a prática contemporânea dos Estados estabelece a existência de um novo costume que reconhece o indivíduo com capacidade processual e direitos internacionais. A autora esclarece que mesmo que o Direito Internacional Consuetudinário ainda não tenha reconhecido tal capacidade, a prática internacional revela que os Estados estão obrigados a reconhecer e assegurar esses direitos. Peters reitera que a conduta de impor direitos e obrigações aos indivíduos deve ser reconhecida como uma prática geral e contínua que gera a formação das normas de DIC.

Ao ressaltar a importância da inclusão dos indivíduos na formação das normas de DIC, principalmente na área de Direitos Humanos, Ochoa (2007, p. 159-162) assevera que as suas opiniões e declarações devem ser levadas em consideração. Como exemplo, a autora cita a prática da tortura quando condenada pelo Estado, mas executada na prática. A contradição entre o discurso teórico e os atos do Estados poderá levar ao enfraquecimento da norma consuetudinária, especialmente no caso do costume tradicional, que se baseia principalmente na prática estatal. Desse modo, caso a opinião dos indivíduos não seja levada em conta, a prática contrária do Estado poderá acarretar a mitigação do conteúdo da norma. A autora assevera que os Direitos Humanos estão destinados à proteção dos indivíduos e para que a sua doutrina permaneça coerente, é necessário incluir as considerações dos indivíduos, independentemente de serem estabelecidos nos tratados ou costumes.

Quanto ao método para a inclusão da participação dos indivíduos na formação das normas de DIC, questiona-se se as organizações não governamentais na área de Direitos Humanos seriam adequadas. Ochoa (2007, p. 179-180) pontua que para que

uma norma se torne consuetudinária, deve haver suficiente uniformidade e para que as ONGs possam ser utilizadas como instituições representativas dos indivíduos, uma grande variedade dessas organizações será necessária para que o processo de criação da norma de DIC seja mais democrático e englobe uma ampla participação da sociedade civil.

Além das organizações não governamentais, as resoluções da Assembleia Geral também poderão ser utilizadas como meio de avaliar as declarações dos indivíduos. No entanto, compartilhamos do entendimento de Ochoa (2007, p. 177-179) de que as resoluções consideradas isoladamente podem ser insuficientes para expressar a opinião pública em relação à formação da norma consuetudinária, devendo haver um consistente padrão de conduta para que a norma venha a ser estabelecida.

Todavia, a inclusão dos indivíduos no processo de formação e identificação das normas de DIC não implica na desconsideração do papel central do Estado, mas no reconhecimento de há outros sujeitos que também exercem esse papel (OCHOA, 2007, p. 185-186) Tal processo de inclusão não intensifica a natureza indeterminada do costume, pois o seu valor normativo não é mitigado devido aos argumentos indeterminados que podem ser utilizados para o estabelecimento do conteúdo da norma. Byers (2003, p. 211) afirma que, embora o processo de formação das normas de DIC possa ser ambíguo e complexo, as suas conseqüentes regras jurídicas são efetivas e tangíveis. Nesse sentido, compartilhamos do entendimento de Cassidy (2004, p. 572) que ressalta que não há regra de Direito Internacional que impeça a participação dos indivíduos na formação do DIC e a sua própria natureza flexível permite se adaptar às necessidades da sociedade internacional de modo a lhe garantir maior legitimidade na ordem jurídica internacional.

Quanto aos grupos armados não estatais, o Projeto de Conclusões da CDI também reconheceu que a sua prática não contribui para a formação do DIC, mas pode exercer um papel indireto em relação à prática e *opinio juris* dos Estados e organizações internacionais (UNITED NATIONS, 2018, p. 132).

Segundo Roberts e Sivakumaran (2012, p. 126), o termo “grupos armados” refere-se às partes em conflitos não internacionais²⁰⁷ que preenchem os requisitos estabelecidos por determinada organização, tais como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) ou o Movimento de Libertação do Sudão. Para os autores, grupos terroristas que não atendem aos requisitos das organizações ou estão envolvidos somente em atos esporádicos de violência não se enquadram nesse termo.

Bellal e Casey-Maslen (2011, p. 176) consideram conflitos armados não estatais qualquer grupo armado que não esteja sob o controle do Estado no qual as suas atividades militares estejam sendo executadas e que contenham objetivos militares, religiosos e políticos.

Já a Associação de Direito Internacional (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2014, p. 5) definiu grupos armados como entidades coletivas que utilizam da força militar organizada e apresentam uma autoridade que é responsável pelos seus atos, devendo respeitar as regras do Direito Internacional Humanitário. Entretanto, a Associação reconheceu que somente os atores não estatais juridicamente reconhecidos e entidades organizadas seriam considerados pelo seu Comitê, excluindo, portanto, organizações terroristas e máfias (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2016b, p. 3-4).

O TPII no caso *Tadic* considerou a importância da prática dos grupos armados não estatais na formação da norma de DIC.²⁰⁸ Nesse sentido, a Comissão Internacional de Inquérito sobre a Situação em Darfur também ressaltou a contribuição dos grupos armados para a formação das normas consuetudinárias de DIH.²⁰⁹ Entretanto, o

²⁰⁷ Conflitos não internacionais ocorrem entre forças governamentais e grupos armados não governamentais, ou somente entre tais grupos (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2008, p. 1). Entretanto, Kleczkowska (2018, p. 65) afirma que grupos armados não estatais poderão integrar um conflito internacional quando atuarem juntamente com um Estado.

²⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Tadic**. Case n° IT-94-1-AR72, Appeal Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 oct. 1995. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021. para. 180.

²⁰⁹ INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON DARFUR. **Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General**. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004. Geneva, 2005. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/1480de/pdf/>. Acesso em: 30 set. 2022. para. 156.

Direito Internacional ainda não reconheceu o papel dos grupos armados não estatais na criação das normas consuetudinárias (MURRAY, 2015, p. 108).

A incorporação da prática dos grupos armados não estatais nas normas de DIC é fundamentada basicamente no déficit de legitimidade desses grupos em relação à criação das normas consuetudinárias que lhes sejam vinculantes e também na maior conformidade das suas ações com o Direito Internacional Humanitário. Como ressaltado por Liang (2022, p. 301), a vinculação dos grupos armados às normas de DIC, além dos tratados e compromissos unilaterais, amplia o escopo das suas obrigações em relação ao DIH. Müller (2008, p. 40) reitera que, em virtude de normas consuetudinárias vincularem não somente os Estados, o conceito do DIC centralizado no Estado contribui para o seu déficit democrático.

Entretanto, não consideramos que o déficit de legitimidade das normas de DIC será totalmente restaurado se todos os atores da ordem jurídica internacional participarem do seu processo de criação. Como afirma Liang (2022, p. 302) não há uma equivalência da prática entre os atores estatais e não estatais. Hiemstra e Nohle (2019, p. 11-12) asseveram que os grupos armados não estatais não são uma entidade soberana, não havendo nenhuma regra no Direito Internacional que impeça a sua sujeição à vontade dos Estados. Contudo, poderão participar do processo de criação das normas de DIC caso haja o consentimento estatal (ROBERTS; SIVAKUMARAN, 2012, p. 120), englobando a prática e *opinio juris* dos Estados de modo a contribuir para o desenvolvimento das suas normas no DIH.

Em relação ao argumento de que a inclusão da participação dos grupos armados não estatais no processo de criação de DIC resultaria na maior conformidade das suas ações com o DIH, Sivakumaran (2015, p. 130-131) afirma que um maior envolvimento com a formação da norma poderia acarretar uma participação maior desses grupos nos resultados desse processo.²¹⁰ Desse modo, Jo (2015, p. 255) assevera que ao participarem da criação das normas, os grupos armados não estatais internalizariam as suas regras e a prática em conformidade com o Direito se tornaria um hábito ao

²¹⁰ Nesse sentido, Liang (2022, p. 305) cita como exemplo, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, a Frente Farabundo Martí para a Liberação Nacional de El Salvador e a Frente Nacional de Libertação do Vietnã, que alegaram que não tiveram participação no processo de criação das normas de DIC referentes às normas humanitárias.

longo do tempo. Assim, a sua prática seria moldada pelo DIH e a auto implementação substituiria a supervisão.

Por outro lado, Liang (2022, p. 306) argumenta que a participação dos grupos armados não estatais no processo de criação de normas de DIC é um dos fatores que menos influenciam a sua prática. Esses grupos também se recusam a observar as normas consuetudinárias de DIH baseadas nas suas questões militares estratégicas como nos ataques à população civil e na falta de conhecimento em relação às normas internacionais (BELLAL; CASEY-MASLEN, Oct. 2011, p. 5-7). Além disso, para Bangerter (2011, p. 380), o fato de que os grupos armados não estatais não observam o DIH por não terem contribuído para a sua formação não condiz atualmente com o seu discurso, com exceção dos grupos armados colombianos, como o movimento das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia. Nesse caso, consideramos que o Acordo de Paz entre as FARC e Colômbia concluído em 2016 em relação ao período de transição entre o conflito armado e o estabelecimento da paz poderia potencialmente contribuir para a formação de normas consuetudinárias no Direito Internacional Humanitário por envolver obrigações internacionais vinculantes para ambas as partes e levar em conta declarações de Estados, sociedade civil e instituições domésticas e internacionais (ROJAS-OROZCO, 2021, p. 123), embora essa contribuição dificilmente venha a se refletir na prática devido às complexas relações entre os Estados e grupos armados não estatais.

Sivakumaran (2006, p. 373) considera que os grupos armados não estatais estão sujeitos ao DIC por apresentarem personalidade jurídica conforme o Direito Internacional. O autor alega que em virtude desses grupos exercerem um importante papel nos conflitos internos e na sociedade internacional, as suas ações devem ser efetivamente reguladas. Já Tsagourias (2011, p. 327) argumenta que mesmo que esses grupos não tenham personalidade jurídica internacional, o Direito Internacional deve reconhecê-los como atores devido à sua capacidade de atuação na sociedade internacional.

No entendimento de Kleczkowska (2018, p. 76), a incorporação da prática dos grupos armados não estatais ao DIC daria uma maior flexibilidade para a atuação dos Estados. A autora considera que mesmo que a prática e a *opinio juris* dos grupos armados não estatais não influenciem diretamente o DIC, apresentam um impacto na

criação dessas normas ao influenciarem a prática estatal, como na construção do direito à legítima defesa dos Estados em relação a esses grupos.

Compartilhamos da teoria de Roberts e Sivakumaran (2012, p. 151-152) em que defendem uma posição intermediária entre um distanciamento da teoria tradicional, que nega aos grupos armados um papel na criação do DIC, e uma posição extrema que os iguala aos Estados em relação ao seu papel na formação dessas normas. Para os autores, os grupos armados não estatais atuando isoladamente não seriam capazes de criar um novo costume ou de transformá-lo, sendo necessário um consenso entre esses grupos e os Estados. Desse modo, a contribuição da prática dos grupos armados dependeria não somente da sua generalidade e uniformidade, mas principalmente da reação dos Estados, que continuariam exercendo um papel central nesse sentido. Essa posição considera que poderiam ser estabelecidos incentivos para os grupos armados observarem o DIH, como não serem processados por integrarem as hostilidades. Contudo, mesmo que tal posição venha inicialmente a ser refutada pelos Estados com receio de ter o seu papel limitado em relação à criação das normas consuetudinárias, consideramos que o seu reconhecimento não estaria em desconformidade com as necessidades e os interesses da sociedade internacional.

Quanto à participação de atores não estatais na formação das normas de DIC, o Projeto de Conclusões da CDI também considerou que a prática das corporações transnacionais exerceria somente um papel indireto, não contribuindo para a identificação de tais normas (UNITED NATIONS, 2018, p. 132). Em relação à definição do termo “corporação transnacional”, o Projeto das Nações Unidas de Normas sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais considerou que se refere a uma instituição econômica que exerce suas operações em mais de um país, independentemente da sua designação jurídica ou de forma individual ou coletiva (UNITED NATIONS, 2003, p. 7). Já as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não estipularam uma definição precisa, tendo adotado o termo “empresas multinacionais” e considerado que são aquelas que operam em todos os setores da economia, sendo estabelecidas em mais de um país e apresentando capital privado, estatal ou misto (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 17).

Apesar das corporações transnacionais não serem consideradas sujeitos de Direito Internacional, Karavias (2013, p. 68-69) assevera que estão vinculadas às normas consuetudinárias, assim como estão vinculadas aos tratados que tenham concluído, não havendo nenhuma regra no Direito Internacional contrária à conduta dos Estados quanto à utilização das normas de DIC na regulação dessas corporações.

O debate contemporâneo em relação à aplicação do DIC às corporações transnacionais fundamenta-se originalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 1948). Embora não seja considerada um instrumento vinculante, a Declaração tem contribuído para o desenvolvimento das normas consuetudinárias conforme a prática e *opinio juris* dos Estados. O seu preâmbulo estabelece que os direitos humanos devem ser considerados não somente pelos Estados, mas também pelos “órgãos da sociedade”, compreendendo as corporações transnacionais por serem definidas como uma ficção jurídica, apresentando uma finalidade lucrativa (KARAVIAS, 2013, p. 74-76, 79). Assim, as Normas das Nações Unidas sobre a Responsabilidade das Corporações Transnacionais em relação aos Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 2003, p. 1) estabelecem as corporações como órgãos da sociedade, sendo responsáveis pela promoção e proteção desses direitos. Além do preâmbulo, o parágrafo 1º do artigo 29 da Declaração também dispõe que toda pessoa tem deveres perante a sociedade, englobando, dessa forma, as corporações e podendo ser utilizado como fundamento jurídico para as suas obrigações de Direitos Humanos decorrentes do DIC.

Nesse sentido, o desenvolvimento dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional nos séculos XX e XXI acarretou uma maior aplicabilidade do Direito Internacional não somente aos Estados, mas também às pessoas físicas e jurídicas (MANN; TOUW, 2020).²¹¹ Dessa forma, cortes e tribunais têm identificado e aplicado normas consuetudinárias de Direitos Humanos em relação aos atores estatais e não estatais (LEPARD, 2019).²¹² Nos Estados Unidos, o *Alien Tort Statute (ATS)*²¹³ tem

²¹¹ MANN, Jindan-Karena; TOUW, Nicky. Applicability of International Law to Transnational Corporations. **Rethinking Slic**. Amsterdam, Sept, 2020. Disponível em: <https://rethinkingslic.org/blog/tort-law/74-blog-on-applicability-of-international-law-to-transnational-corporations>. Acesso em: 28 set. 2022.

²¹² LEPARD, Brian D. Why Customary International Law Matters in Protecting Human Rights. **Völkerrechtsblog**, Feb. 2019. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/de/why-customary-international-law-matters-in-protecting-human-rights/>. Acesso em: 10 out. 2022.

²¹³ O *Alien Tort Statute* consiste em uma lei norte-americana adotada em 1789 que possibilita às cortes federais julgarem processos de cidadãos estrangeiros em violação ao Direito Internacional. Ao ser

sido invocado para a determinação da culpabilidade de indivíduos e corporações responsáveis por violações de Direitos Humanos. Entretanto, a Suprema Corte americana tem considerado que as corporações transnacionais não estão sujeitas ao ATS, que não regulam pessoas jurídicas, havendo falta de conexão com a justiça norte-americana.²¹⁴

Por outro lado, em fevereiro de 2020, a Suprema Corte do Canadá decidiu que violações de normas proibitivas de DIC com caráter de *jus cogens* como trabalho forçado, escravidão e tratamento desumano, cruel e degradante poderiam fundamentar a ação contra a corporação canadense *Nevsun* e suas subsidiárias.²¹⁵ Segundo a Suprema Corte, o Canadá aplica a doutrina da adoção, sendo o Direito Internacional Consuetudinário automaticamente incorporado na legislação doméstica caso não haja legislação em contrário, não estando as corporações excluídas das suas responsabilidades civis em relação à observância das normas de DIC.²¹⁶

elaborada, o ATS lidava primariamente com questões sobre relações diplomáticas entre Estados. Entretanto, atualmente o ATS expandiu o seu escopo ao incluir a proteção sobre direitos humanos, dando aos estrangeiros o direito para processarem os autores da violação nos Estados Unidos (MANN, Jindan-Karena; TOUW, Nicky. *Applicability of International Law to Transnational Corporations. Rethinking Slic*. Amsterdam, Sept, 2020. Disponível em: <https://rethinkingslic.org/blog/tort-law/74-blog-on-applicability-of-international-law-to-transnational-corporations>. Acesso em: 28 set. 2022.). O Código americano estabelece no Título 28 para. 1350: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States” (UNITED STATES. **Alien’s Actions for Torts**. Washington D.C, 1948. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title28/pdf/USCODE-2011-title28.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022. p. 352.).

²¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA. **Jesner et al v. Arab Bank, PLC**. Supreme Court of the United States. Washington D.C, Apr. 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf. Acesso em: 10 out. 2022. Syllabus, p. 03; UNITED STATES OF AMERICA. **Nestle USA, Inc. v. Doe et al**. Supreme Court of the United States. Washington D.C, June 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf. Acesso em: 10 out. 2022. Syllabus, p. 2.

²¹⁵ CANADA. Supreme Court of Canada. **Nevsun Resources Ltd. V. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle and International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law, EarthRights International, Global Justice Clinic at New York University School of Law, Amnesty International Canada, International Commission of Jurists, Mining Association of Canada and MiningWatch Canada** (interveners). Ottawa, Feb. 2020. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/18169/1/document.do>. Acesso em: 10 out. 2022. para. 4, 214.

²¹⁶ CANADA. Supreme Court of Canada. **Nevsun Resources Ltd. V. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle and International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law, EarthRights International, Global Justice Clinic at New York University School of Law, Amnesty International Canada, International Commission of Jurists, Mining Association of Canada and MiningWatch Canada** (interveners). Ottawa, Feb. 2020. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/18169/1/document.do>. Acesso em: 10 out. 2022. para. 87, 113 e 114.

O entendimento progressista da corte canadense abre espaço para a possibilidade de corporações transnacionais serem processadas por violações do Direito Internacional Consuetudinário decorrentes da sua responsabilidade civil em cortes domésticas. Segundo Mann e Touw (2020),²¹⁷ tal entendimento é um importante instrumento para uma maior observância e responsabilização dos Direitos Humanos pelas corporações. Como ressaltado pela corte canadense, embora os Estados continuem sendo os principais sujeitos de Direito Internacional, a bifurcação entre atores estatais e não estatais não reflete a evolução do Direito Internacional moderno.²¹⁸

Nesse sentido, Bílková (2020, p. 222-225) considera que o Projeto de Conclusões de 2018 sobre a identificação do DIC, apesar de ser muito mais elaborado do que o estudo da Comissão de Direito Internacional sobre a evidência do DIC de 1949 (UNITED NATIONS, 1949), é limitado quanto ao papel dos atores não estatais, apresentando praticamente as mesmas conclusões após mais de setenta anos. A autora assevera que a CDI considerou os atores não estatais de maneira muito categórica, já que não há um consenso sobre a sua atuação no Direito Internacional. Desse modo, afirma que o Projeto de Conclusões deveria ter esclarecido as posições alternativas desses atores com o intuito de estabelecer uma descrição mais completa do seu papel em relação às normas consuetudinárias. Além disso, o Projeto de 2018 contesta o papel dos atores não estatais na formação do DIC, mas considera a sua conduta ao acessar a prática dos Estados e organizações internacionais. Entretanto, não esclarece quais as condutas desses atores que poderiam ser qualificadas juntamente com a prática estatal. O Projeto também reconhece que os atores não estatais podem contribuir indiretamente para formação das normas de DIC ao incentivar ou identificar a prática estatal e *opinio juris* dos Estados, mas não analisa como essas práticas devem ser avaliadas. Ademais, a CDI distingue entre a formação das normas de DIC, em que os atores não estatais não exercem nenhum papel e a

²¹⁷ MANN, Jindan-Karena; TOUW, Nicky. Applicability of International Law to Transnational Corporations. **Rethinking Slic**. Amsterdam, Sept, 2020. Disponível em: <https://rethinkingslic.org/blog/tort-law/74-blog-on-applicability-of-international-law-to-transnational-corporations>. Acesso em: 28 set. 2022.

²¹⁸ CANADA. Supreme Court of Canada. **Newsun Resources Ltd. V. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle and International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law, EarthRights International, Global Justice Clinic at New York University School of Law, Amnesty International Canada, International Commission of Jurists, Mining Association of Canada and MiningWatch Canada** (interveners). Ottawa, Feb. 2020. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/18169/1/document.do>. Acesso em: 10 out. 2022. para. 105-106.

identificação dessas normas, em que poderiam exercer um papel (UNITED NATIONS, 2018, p. 130). Todavia, nos comentários, a CDI esclarece que nem sempre a identificação da norma poderá ser considerada isoladamente em relação à sua formação (UNITED NATIONS, 2018, p. 124). Por fim, o Projeto não identifica o fundamento para a desconsideração dos atores não estatais em relação à formação das normas consuetudinárias.

Nesse prisma, ao considerar o Direito Internacional Consuetudinário como resultado da prática e *opinio juris* predominantemente estatal, limitando o papel das organizações internacionais e excluindo os atores não estatais do processo de contribuição para a formação das normas consuetudinárias, a Comissão de Direito Internacional reduz a importância do costume dentro da sociedade internacional, desconsiderando a crescente importância da inter-relação entre os Estados e esses atores e mitigando o seu papel dentro da Nova Ordem Internacional.

6 A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA PÓS-MODERNA DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

Neste capítulo será analisada a doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário a partir da concepção formulada por Chimni, baseando as suas normas nas razões deliberativas de atores estatais e não estatais, na *opinio juris communis*, considerando os interesses da humanidade, nas resoluções das organizações internacionais e na participação da sociedade civil. Nesse sentido, a doutrina pós-moderna visa complementar o papel das normas consuetudinárias frente às modificações da sociedade internacional e as consequentes alterações na ordem jurídica internacional.

6.1 Elementos Constitutivos da Doutrina Pós-Moderna

Em decorrência das modificações do sistema internacional provenientes da Nova Ordem Internacional e dos seus reflexos na ordem jurídica, uma reconceitualização do Direito Internacional Consuetudinário é necessária com o fim de provocar mudanças na estrutura do Direito Internacional. Segundo Chimni (2018, p. 36-38), essa reconceitualização não necessariamente substituirá a antiga doutrina, mas poderá complementá-la de modo que se adapte melhor à natureza da ordem jurídica internacional e às suas alterações sistêmicas. Para o autor, a doutrina pós-moderna do DIC baseia-se nas razões deliberativas e não na coordenação entre os Estados capitalistas hegemônicos. Nesse sentido, Postema (2012, p. 737-738) alega que os costumes juridicamente relevantes são resultantes de condutas recíprocas que se fundamentam nos seus desafios e nas suas respostas, integrando a sua conduta às razões e argumentos. Assim, o argumento, e não a prática ou *opinio juris*, determinaria o caráter jurídico da norma consuetudinária.

Ao considerar o elemento discursivo na formação da norma de DIC, Chimni (2018, p. 38) ressalta que o seu aprofundamento é essencial para a doutrina pós-moderna. Dessa forma, as normas consuetudinárias se baseariam nos argumentos mais consolidadamente embasados provenientes dos atores estatais e não estatais com o intuito de identificar e abranger as áreas em que a sociedade internacional tenha objetivos em comum como extrema pobreza, migração forçada e degradação ambiental. Entretanto, em termos operativos, a doutrina pós-moderna apresentaria um aspecto negativo em relação à necessidade do seu reconhecimento pela maior parte

dos Estados fracos,²¹⁹ atores não estatais e pela sociedade civil global. Por outro lado, permitiria a maior participação dos atores não estatais na formação das normas consuetudinárias.

Além disso, Shah (2020) afirma que os argumentos deliberativos permitem a prioridade de padrões normativos que consideram os interesses da humanidade em relação aos interesses individuais e dos países desenvolvidos. Nesse sentido, a Opinião Dissidente do juiz Trindade no caso do Desarmamento Nuclear das Ilhas Marshall distinguiu entre a *opinio juris* como um elemento integrante do costume e a *opinio juris communis*, representando a consciência jurídica da humanidade.²²⁰ Para Trindade, a *opinio juris communis* nesse caso se baseava na ilegalidade das armas nucleares, não podendo se apoiar na vontade de alguns Estados em detrimento da sobrevivência da humanidade.²²¹ Para o referido juiz, a consciência jurídica universal seria a fonte material do Direito Internacional.²²² Desse modo, esclarece que desde o século XIX, a vontade dos Estados foi gradualmente descartada em favor da *opinio juris*, tornando-se esta uma expressão da “consciência jurídica” das nações e povos e influenciando a formação das normas de DIC por meio de um processo muito mais amplo do que a mera aplicação das suas fontes formais. Assim, o elemento subjetivo da *opinio juris* se tornava essencial para a formação da norma consuetudinária internacional e, ao mesmo tempo, reduzia a influência dos Estados hegemônicos ao procurar estabelecer o Direito Internacional conforme os interesses comuns da

²¹⁹ Segundo Rotberg (2013), o termo “Estados fracos” refere-se à falta de capacidade de um Estado em prover serviços públicos essenciais aos seus cidadãos, como segurança e legitimidade governamental (ROTBERG, Robert. Failed and Weak States Defined. Africa and Asia: The Key Issue. **A blog by Robert Rotberg**. Feb. 2013. Disponível em: <https://robertrotberg.wordpress.com/2013/02/11/failed-and-weak-states-defined/>. Acesso em: 12 out. 2022.).

²²⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Dissenting Opinion of Judge Caçado Trindade. Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. para. 4.

²²¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Dissenting Opinion of Judge Caçado Trindade. Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. para. 150.

²²² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Dissenting Opinion of Judge Caçado Trindade. Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. para. 119.

sociedade internacional. Nesse sentido, ressaltava a importância das resoluções internacionais da Assembleia Geral da ONU para a formação de um Direito de consciência, extrapolando a dimensão do seu elemento subjetivo.²²³

Entretanto, Chimni (2018, p. 41) argumenta que embora Trindade tenha se referido às resoluções das organizações internacionais, o juiz não considerou o papel da sociedade civil global na formação do Direito Internacional Consuetudinário. Dessa forma, alega que a distinção entre *opinio juris* e *opinio juris communis* deve ser reformulada de modo a incluir a prática das organizações e da sociedade civil.

Ao ressaltar a incorporação da “consciência jurídica da humanidade” ao DIC, Lepard (2018, p. 307) considera que este deve ser analisado dentro de um contexto ético, refutando a análise neutra das suas normas. Todavia, afirma ser difícil encontrar um equilíbrio adequado para a análise dessas normas, como, por um lado, o respeito à soberania dos Estados pela utilização dos seus recursos naturais, mas, por outro, o respeito ao meio ambiente global. Desse modo, propõe uma abordagem do DIC baseada no princípio ético da “unidade na diversidade”, em que Estados e indivíduos, apesar das suas diferenças, realizam consultas e buscam a cooperação entre si.

A construção da doutrina pós-moderna do DIC também destaca o papel das resoluções amplamente adotadas e resultantes de extensas negociações e consenso. Bedjaoui (1979, p. 140) assevera que as resoluções asseguram aos países do Terceiro Mundo o controle quanto ao seu resultado devido ao número desses países participantes nas organizações. Apesar do Projeto de Conclusões da CDI considerar que as resoluções não podem, por si só, criar uma nova regra de DIC (UNITED NATIONS, 2018, p. 147), a Associação de Direito Internacional (ADI) considerou que as resoluções, excepcionalmente, quando adotadas de forma unânime (ou praticamente unânime) e com a intenção de estabelecer uma regra, poderão criar uma norma consuetudinária internacional (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2000, p. 61).²²⁴ No entanto, compartilhamos do entendimento de Chimni (2018, p. 41) de

²²³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade. Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. para. 328.

²²⁴ No caso Nicarágua, por exemplo, a CIJ considerou a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU sobre as relações amistosas entre os Estados (UNITED NATIONS, 1970) como expressão de

que as resoluções como expressão da criação de uma norma de DIC não devem ser vistas meramente conforme a sua votação, mas como resultado das razões deliberativas. No caso de propostas dos países do Terceiro Mundo, as resoluções dificilmente obterão a unanimidade devido à regra do objeter persistente e dos Estados especialmente afetados. Contudo, dentro da perspectiva da doutrina pós-moderna, serão vinculantes as resoluções amplamente adotadas que apresentarem o elemento da *opinio juris communis* associadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e à sua jurisprudência, ou seja, serão consideradas as resoluções que buscarem alcançar o bem comum global, independente dos votos contrários.²²⁵

Ademais, a doutrina pós-moderna vincularia a formação das normas de DIC às crenças, ideias e práticas da sociedade civil global (CHIMNI, 2018, p. 42-43). Gunning (1991, p. 213) ressalta a necessidade de modificação da norma consuetudinária de forma a incluir a participação das organizações não governamentais como meio de expressão da sociedade civil global. Nesse sentido, Reisman (2015, p. 616, 619) afirma que há uma democratização no processo do DIC contemporâneo em que atores não estatais cada vez mais participam da formação das suas normas. Para Tasioulas (2007, p. 328-329), ao separar a *opinio juris* da prática estatal, a interpretação da norma consuetudinária permite refutar a ideia de que é somente a *opinio juris* estatal que a integra. O autor argumenta que a não restrição a *opinio juris* estatal reflete a limitação do conceito de soberania estatal em favor de um sistema jurídico internacional mais inclusivo. Além da *opinio juris*, considera a plausibilidade da contribuição da prática dos atores não estatais para a formação das normas de DIC. Desse modo, o Direito Internacional englobaria as ideias e normas elaboradas por instituições governamentais internacionais e pela sociedade civil global.

Nesse sentido, Tesón (1992, p. 53-54) assevera que o Direito Internacional baseado somente na prática estatal é incapaz de responder às realidades presentes e futuras, devendo favorecer a participação e inclusão dos indivíduos. Mccorquodale (2004, p.

opinio juris das Partes (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. **ICJ Reports**, Hague, 1986 (USA/Nicaragua). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. em: 10 ago. 2022. para. 188.).

²²⁵ A Resolução 1803 da Assembleia Geral das Nações Unidas referente à soberania permanente sobre recursos naturais (UNITED NATIONS, 1962), por exemplo, foi amplamente adotada e reflete a prática e *opinio juris communis* dos Estados, podendo ser considerada como vinculante dentro do conceito da doutrina pós-moderna do DIC.

481-482, 485) também ressalta a necessidade de uma abordagem mais inclusiva na ordem jurídica internacional abrangendo atores não estatais. O autor destaca que essa abordagem abre espaço para o diálogo no plano internacional entre governos, indivíduos, comunidades e corporações transnacionais, dentre outros. Na medida em que há atores não estatais participando do sistema jurídico internacional e há o consentimento estatal, um sistema jurídico baseado meramente no Estado não reflete a prática contemporânea. Ao analisar a importância da participação, Knop (2004, p. 4-5) a define como a possibilidade de emitir opiniões dentro do processo de criação do Direito segundo as perspectivas de determinado grupo. Para a autora, além da participação, deve haver identidade, que se refere ao que é propriamente declarado e à sua conformidade com o Direito Internacional e interpretação, que constitui a validade jurídica do argumento. Assim, apesar de distintas, a participação, identidade e interpretação são inter-relacionadas e servem para fundamentar as declarações desses grupos no processo de estabelecimento das normas jurídicas internacionais.

Para Maisley (2018, p. 177-184), houve uma crescente participação das organizações não internacionais no processo de criação do Direito Internacional,²²⁶ havendo um direito consuetudinário da sociedade civil de participar do processo de criação do Direito Internacional. O autor ressalta que há um direito limitado de acesso dessas organizações aos fóruns de criação do Direito, o que Peters (2009, p. 222) considera como um “princípio emergente”, tendo em vista que tais organizações não podem ser excluídas sem nenhuma justificativa e têm o direito de se aplicar para a acreditação e de ser devidamente consideradas. Esse princípio, segundo Peters, baseia-se na prática dessas organizações admitidas em condições similares e na convicção de que tal procedimento deve ser adotado, mesmo em órgãos que ainda não regularam a sua admissão, como a Assembleia Geral da ONU. Assim, alguma forma de admissão deverá ser autorizada ou justificada quando denegada, demonstrando uma expectativa de participação da sociedade civil. Maisley também pondera haver garantias mínimas necessárias para a sua participação como a liberdade de se reunir, protestar e se pronunciar. Além disso, deve ser dado a essas organizações a possibilidade de apresentar os seus argumentos tanto oralmente quanto por escrito.

²²⁶ Nesse sentido, Anderson (2000, p. 112) afirma que atualmente as organizações não internacionais, representando a sociedade civil, estão presentes em praticamente todas as reuniões internacionais.

O autor afirma que a combinação desses fatores resulta em um direito de participação, que exerce um importante papel no processo de democratização da governança global.

Já D'Aspremont (2018, p. 293-296) critica a doutrina pós-moderna de Chimni no sentido de que a não realocação das práticas e convicções da sociedade civil perpetuaria a predominância dos interesses dos países do Primeiro Mundo. No seu entendimento, não seria necessária a elaboração de uma doutrina pós-moderna para o DIC, mas a construção de uma análise crítica por parte dos internacionalistas dos países do Terceiro Mundo com o intuito de utilizar com mais eficácia a flexibilidade inerente ao costume, como a utilização da regra do objetor persistente servindo como instrumento de descentralização da prática estabelecida pelos países desenvolvidos. Apesar de considerarmos a importância das críticas oriundas dos internacionalistas dos países terceiro-mundistas, acreditamos ser insuficiente para uma reconceitualização do DIC dentro da Nova Ordem Internacional, havendo outros fatores que também devem ser levados em consideração, como a inclusão da prática de atores não estatais e o papel do costume frente ao surgimento de outros processos informais de criação do Direito, tal como o *informal lawmaking*.

Kelly (2018, p. 297-298) sustenta que a inclusão da prática da sociedade civil internacional no costume seria inadequada por torná-lo ainda mais indeterminado devido à expansão da sua prática, além de englobar uma grande variedade de atores como sindicatos, organizações religiosas e entidades empresariais que apresentam interesses e valores conflitantes, apresentando pouca orientação e não solucionando a questão quanto ao seu déficit democrático. Nesse sentido, o autor assevera que haveria uma substituição das elites jurídicas internacionais por representantes domésticos. Além disso, considera a doutrina pós-moderna de Chimni baseada em razões deliberativas mais extremista do que as abordagens normativas pelo fato de envolver valores indefinidos e não a aceitação geral dos Estados. Entretanto, ressalta que dentro da perspectiva das abordagens normativas há discricionariedade em relação ao estabelecimento da norma consuetudinária conforme as convicções dos Estados. Para Leopard (2016, p. 87), por exemplo, a *opinio juris* deveria representar não somente as convicções dos Estados já existentes, mas também aquelas almejadas em relação ao estabelecimento da norma. Já Tesón (2017, p. 89-90) evidencia que o conceito de costume moderno deve abranger regras que podem ser

criadas a partir de um forte e específico consenso internacional, mesmo que ainda não sejam suficientemente estabelecidas pela prática estatal. Por outro lado, Kelly considera que o DIC não deve ser estabelecido conforme padrões normativos distanciados da prática estatal.

Lippold e Paulus (2018, p. 312) afirmam que a inclusão da prática da sociedade civil e de movimentos sociais na formação do DIC suscitam questões sobre a sua falta de legitimidade de representação. Além disso, a avaliação da sua prática por cortes e tribunais sem critérios determinados coloca os juízes com a função de legisladores. Segundo os autores, os desafios atuais não estão relacionados com a ausência de normas, mas sim com a falta de observância das normas existentes. Assim, alegam que os direitos econômicos e sociais, por exemplo, deixam de ser observados em virtude de escolhas políticas. Portanto, afirmam que fundamentar o DIC em um conceito vago de “consciência da humanidade” não alterará a sua estrutura hegemônica.

Nesse sentido, consideramos que a doutrina pós-moderna do DIC não resultará em em uma transformação radical em relação à ordem capitalista global, o que necessitaria de uma modificação estrutural nas relações sociais domésticas e internacionais dos países capitalistas desenvolvidos (CHIMNI, 2018, p. 43). No entanto, a reconceitualização do costume frente às mudanças na sociedade internacional do século XXI e a introdução da doutrina pós-moderna do DIC, questionando a sua composição e integrando novos elementos, poderá facilitar a criação de normas relacionadas aos problemas comuns enfrentados pela humanidade como aquecimento global, pobreza, conflitos armados e violação de Direitos Humanos.

6.2 Os reflexos na sociedade internacional contemporânea

Diante de quase duzentos Estados na sociedade internacional, aproximadamente 69.000 organizações internacionais governamentais e não governamentais e uma população mundial de praticamente oito bilhões de habitantes, o sistema internacional se torna cada vez mais complexo. As mudanças na sociedade ocorrem de forma rápida em resposta aos novos problemas emergentes e diferentes atores como o setor privado, a sociedade civil, indivíduos, organizações não governamentais, corporações transnacionais e governos subnacionais exercem influência sobre o sistema

internacional, o que Weiss (2022, p. 150-153) denomina de “mundo caleidoscópico”. Nesse prisma, atores não estatais têm participado da condução de questões que afetam o sistema global e a linha divisória entre internacional e nacional e entre público e privado se torna cada vez mais obscura. Assim, em um mundo caleidoscópico, atores estatais e não estatais necessitam de normas que reflitam valores comuns provenientes de um processo interativo de diferentes culturas e sistemas jurídicos. Outrossim, a doutrina pós-moderna do DIC poderá influenciar esse processo ao estabelecer normas que promovam o bem comum, baseando-se na ordem política internacional em que as razões deliberativas exerçam um papel central, reduzindo o déficit democrático das normas consuetudinárias, considerando as resoluções das organizações internacionais, as práticas de atores não estatais e distinguindo a *opinio juris* como elemento do costume da *opinio juris communis* que representa a consciência universal de modo a incorporar os interesses da humanidade na ordem jurídica internacional (CHIMNI, 2018, p. 46).

Nesse sentido, o caráter contemporâneo da globalização requer uma reconsideração em relação às políticas de conduta que sustentam o sistema jurídico internacional (BEDERMAN, 2008, p. 191-201). Como pontuado por Franck (1990, p. 49), a legitimidade das regras de Direito Internacional depende do seu conteúdo, da sua validade, da coerência em relação ao seu cumprimento e da habilidade dos seus atores em aderí-las por meio de um processo efetivo. Entretanto, a associação de fatores econômicos, sociais, culturais e tecnológicos, o que resultou no denominado “globalismo,” inseriu novas dimensões na cooperação entre os atores internacionais, que não podem ser dissociados da estrutura jurídica internacional.

Segundo Cheng (2022, *Foreword*), nas últimas duas décadas, a economia global enfrentou dificuldades como a crise financeira de 2008, o crescimento das desigualdades sociais, os efeitos ambientais negativos e o fortalecimento da China como uma nova potência econômica mundial. Essas mudanças suscitam alterações na ordem jurídica internacional e a doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário deve ser estabelecida de forma a redefinir a sua epistemologia com o objetivo de alcançar uma ordem internacional mais justa, baseando-se nas forças sociais insatisfeitas com essa ordem (CHIMNI, 2018, p. 46). Todavia, o DIC não deve ser idealizado (LIPPOLD; PAULUS, 2018, p. 312), mas formulado a partir de princípios e regras que possam facilitar a cooperação entre os Estados, a adjudicação de litígios

internacionais e a proteção dos indivíduos e interesses sociais. Nesse sentido, a doutrina pós-moderna visa refletir a integração entre a prática e *opinio juris* dos atores estatais e não estatais para que o bem comum possa ser alcançado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto no presente trabalho, desde o período medieval a conceituação do costume apresentava fundamental relevância. Devido ao seu caráter flexível e indeterminado, os juristas medievais buscavam estabelecer critérios para a sua determinação. O costume era baseado na regularidade do hábito e no Direito, mas o momento em que tal hábito se tornava costume não era esclarecido. Nessa época, o costume poderia ser revogado por uma lei posterior, concentrando o poder nas mãos dos governantes e os juízes tinham ampla discricionariedade no seu estabelecimento.

Já na Idade Moderna, o costume era utilizado na lacuna da lei, baseado na vontade soberana dos Estados, no direito natural, imutável e não escrito. As potências colonizadoras europeias utilizavam o costume como forma de legitimar a sua dominação sobre os povos não-europeus e se vinculavam às normas que lhes favoreciam.

Após a Revolução Francesa, o conceito de soberania foi fortalecido e as relações entre os Estados influenciavam o desenvolvimento do Direito Internacional. Desse modo, o Direito Internacional era considerado o Direito das Nações cristãs europeias e civilizadas, sendo o costume por elas estabelecido. O positivismo foi introduzido e o costume internacional passava a incorporá-lo, sendo fundamentado na consciência dos indivíduos como uma expressão de concordância natural de opinião e distanciando-se da sua concepção naturalista. Assim, o consentimento tácito era substituído pela *opinio juris*, que consistia, nessa época, na manifestação do espírito popular.

Com a corrida imperialista ao final do século XIX, as nações europeias praticamente controlavam todos os territórios dos outros continentes, inculcando-lhes o seu sistema jurídico. O costume era, então, estabelecido conforme um elemento material baseado no uso constante e um elemento psicológico fundamentado na prática como juridicamente exigível, a *opinio juris*.

Com o intuito de vincular todas as nações, mesmo sem o seu consentimento, e considerando os princípios europeus e americanos, foi desenvolvida a “Teoria do Consentimento Comum” ao final do século XIX, baseada na prática desses Estados e sujeitando todas as nações ao costume internacional.

Com a implementação da Corte Permanente de Justiça Internacional em 1920 e a criação da sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça em 1945, o costume internacional foi estabelecido como uma das fontes do Direito Internacional, baseando-se na prática estatal e *opinio juris*.

Entretanto, foi durante o período pós-guerra que se originaram os termos costume tradicional e costume moderno. Assim, os novos Estados pós-coloniais contestavam a dominação ocidental sobre o costume internacional e buscavam enfatizar o costume moderno por dificultar a dependência da prática estatal. Nesse período, os Estados ocidentais, com receio da criação de regras consuetudinárias que lhes fossem contrárias por parte dos novos Estados, criaram a regra do objetor persistente.

A jurisprudência das cortes e tribunais internacionais, ao identificar o Direito Internacional Consuetudinário, também considera a prática e *opinio juris* dos Estados desenvolvidos devido à dificuldade em relação ao conhecimento dos elementos do costume provenientes dos países terceiro-mundistas. Desse modo, à margem desses países, as normas de Direito Internacional Consuetudinário são identificadas e desenvolvidas.

Em relação à metodologia aplicada pelas cortes e tribunais para a identificação do costume, são empregados diversos métodos conforme análise do caso concreto. Embora haja, na sua maior parte, uma análise rasa quanto aos elementos do costume, tal fato não obsta as cortes de atuarem como agentes do desenvolvimento do Direito Internacional Consuetudinário.

Todavia, muitos são os desafios enfrentados pelo Direito Internacional Consuetudinário dentro da Nova Ordem Internacional. Com a proliferação de organizações internacionais e a maior participação de atores não estatais como as organizações não governamentais, indivíduos, grupos armados e corporações transnacionais na sociedade internacional, a contribuição meramente estatal para a formação das normas de Direito Internacional Consuetudinário é questionada, revelando o seu caráter antidemocrático. Além disso, a maior utilização pelos Estados de processos informais como o IN-LAW suscita dúvidas em relação à importância do costume internacional.

Nesse sentido, devido à expansão da sociedade internacional, observa-se a necessidade de reconceitualizar o costume dentro da Nova Ordem Internacional, englobando a maior participação dos países do Terceiro Mundo, organizações internacionais e atores não estatais e não se baseando exclusivamente na prática estatal e *opinio juris* dos países mais desenvolvidos. Dessa forma, o trabalho buscou estabelecer uma doutrina pós-moderna do Direito Internacional Consuetudinário que acompanhasse as evoluções da sociedade contemporânea, apresentando outros elementos que também devem ser levados em consideração na formação dessas normas como razões deliberativas, *opinio juris communis*, as resoluções internacionais e maior participação da sociedade civil. No entanto, tais elementos não são exaustivos e o costume internacional, sendo a mais antiga fonte do Direito Internacional, deve sempre se adaptar às mudanças ocorridas na sociedade internacional contemporânea, refletindo a construção de um Direito em constante formação.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direito Internacional Consuetudinário

AKEHURST, Michael. Custom as a source of International Law. **British Yearbook of International Law**, Oxford, vol. 47, i. 1, p. 1-53, 1975.

ALSTON, Philip; SIMMA, Bruno. The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles. **Australian Year Book of International Law**, Canberra, vol. 12, p. 82-108, 1989.

ALVAREZ, Jose E. A Bit on Custom. **International Law and Politics**, New York, vol. 42, i. 1, p. 17-80, 2009.

ARAJÄRVI, Noora. From “The Demands of Humanity”. The Formulation of *Opinio Juris* in Decisions of International Criminal Tribunals and the Need for a Renewed Emphasis on State Practice. In: LEPARD, Brian D.(ed.). **Reexamining Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017a. p. 189-229.

ARAJÄRVI, Noora. The Lines Begin to Blur? *Opinio Juris* and the Moralisation of Customary International Law. **The Hertie School**, Berlin, p. 1-22, Mar. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1823288. Acesso em: 25 mar. 2022.

ARAJÄRVI, Noora. The Requisite Rigour in the Identification of Customary International Law: A Look at the Reports of the Special Rapporteur of the International Law Commission. **International Community Law Review**, Leiden, v. 19, i. 1, p. 9-46, 2017b.

ARAZOVA, Valentina. Adjudicators, guardians, and enforcers: taking the role of non-governmental organisations in customary international lawmaking seriously. In: D’ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (eds). **International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law**. Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 404-436.

BAKER, Roozbeh B. Customary International Law: A Reconceptualization. **Brooklyn Journal of International Law**, New York, v. 41, i. 2, p. 440-487, 2016. p. 440-441.

BAKER, Roozbeh B. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 21, i. 1, p. 173-204, 2010.

BEDERMAN, David J. **Custom as a Source of Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.

BÍLKOVÁ, Veronika. The International Law Commission Perspective on Non-State Actors and Customary International Law. In: D’ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (eds). **International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law**. Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 200-226.

BLOKKER, Niels. International Organizations and Customary International Law. Is the International Law Commission Taking International Organizations Seriously? **International Organizations Law Review**, Leiden, v. 14, i. 1, p. 1-12, Leiden, 2017.

BOON, Kristen E.; FOX, Gregory H.; JENKINS, Isaac. The Contributions of United Nations Security Council of Non-International Armed Conflict: New Evidence of Customary International Law. **American University Law Review**, Washington D.C., vol. 67, i. 3, p. 649-731, 2018.

BOURGEOIS, Hanna; WOUTERS, Jan. Methods of Identification of International Custom: A New Role for *Opinio Juris*? In: DE SENA, P.; MAZZESCHI, Ricardo P. (eds). **Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law**. Cham: Springer, 2018. p. 69-111.

BRADLEY, Curtis A. **Custom's Future: International Law in a Changing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BRÖLMANN, Catherine. Capturing the Juridical Will of International Organizations. In: D'ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (eds.). **International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law**. Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 42-61.

BUFALINI, Alessandro. The Principle of Legality and the Role of Customary International Law in the Interpretation of the ICC Statute. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Leiden, vol. 14, i. 2, p. 233-254, 2015.

BYERS, Michael. **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BYERS, Michael. Power, Obligation and Customary International Law. **Duke Journal of Comparative and International Law**, Durham, v. 11, n. 1, p. 81-88, 2004.

CANNIZZARO, Enzo. Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value-Oriented Approach. In: CANNIZZARO, Enzo; PALCHETTI, Paolo. **Customary International Law on the Use of Force: A Methodological Approach**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 245-268.

CHIMNI, B.S. Customary International Law: A Third World Perspective. **American Journal of International Law**, Washington D.C., v. 112, i. 1, p. 1-46, 2018.

D'AMATO, Anthony. Trashing Customary International Law. **The American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 81, n. 1, p. 101-105, 1987.

D'ASPREMONT, Jean. A Postmodernization of Customary International Law for the First World? Symposium on B.S. Chimni, "Customary International Law: A Third World Perspective". **AJIL UNBOUND**, Cambridge, vol. 112, p. 293-296, 2018.

D'ASPREMONT, Jean. The Four Lives of Customary International Law. **International Community Law Review**, Leiden, p. 1-31, 2019 (forthcoming). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3345589. Acesso em: 16 jul. 2019.

DAUGIRDAS, Kristina. International Organizations and the Creation of Customary International Law. **University of Michigan Public Law Research Paper**, n. 597, p. 1-34, April 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3160229. Acesso em: 16 jul. 2019.

DEPLANO, Rossana. Assessing the Role of Resolutions in the ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law: Substantive and Methodological. **University of Leicester School of Law Research Paper**, n. 17-05, p. 1-26, June 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987931. Acesso em: 19 jul. 2019.

DEPLANO, Rossana. The riddle of Custom: General Assembly Resolutions. *In*: D'ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (eds). **International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law**. Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 241-260.

DOSWALD-BECK, Louise; HENCKAERTS, Jean Marie. **Customary International Humanitarian Law**. Vol. I: Rules. New York: Cambridge University Press, 2005.

DUMBERRY, Patrick. Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited. **International Comparative Law Quarterly**, Cambridge, vol. 59, n. 3, p. 779-802, 2010.

DUMBERRY, Patrick. **The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

DUMBERRY, Patrick. The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law. **Journal of International Arbitration**, London, vol. 33, i. 3, p. 269-287, June 2016.

FIDLER, David P. Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law. **German Yearbook of International Law**, Kiel, vol. 39, p. 198-248, 1996.

GALINDO, George R.B.; YIP, César. Customary International Law and Third World: Do not step on the grass. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 16, i. 2, p. 251-270, 2017.

GAZZINI, Tarcisio. The role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. **The Journal of World Investment & Trade**, Leiden, vol. 08, n. 5, p. 691-716, 2007.

GUNNING, Isabelle R. Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, vol. 31, i. 2, p. 211-247, 1991.

GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 27, i. 1, p. 116-176, 2005.

HAKIMI, Monica. Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future**: International Law in a Changing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 148-171.

HAKIMI, Monica. Making Sense of Customary International Law. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 118, i. 8, p.1487-1537, 2020.

HAMID, Linda; Wouters, Jan. Custom and Informal International Law Making. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future**: International Law in a Changing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 332-359.

HAMSTER, Jorian. Customary International Law. *In*: JANIK, Ralph; NOLLKAEMPER, André; REINISCH, August; SIMLINGER, Florentina (eds.). **International Law in Domestic Courts**: A Casebook. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 243-277.

HELPER, Laurence R.; WUERTH, Ingrid B. Custom in the Age of Soft Law. **Institute for International Law and Justice Working Paper**, p. 1-30, New York, 2014. Disponível em: <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/07/WuerthIILJColloq2014.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

HELPER, Laurence R.; WUERTH, Ingrid B. Customary International Law: An Instrument Choice Perspective. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 37, i. 4, p. 563-608, 2016.

IBBETSON, David. Custom in Medieval Law. *In*: MURPHY, Bernard J.; PERREAU-SAUSSINE, Amanda (eds.). **The Nature of Customary Law**: Legal, Historical and Philosophical Perspectives. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 151-175.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **London Conference** (2000). Committee on Formation of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee. Statement of Principles Applicable to the Formation OF General Customary International Law. London, 2000. Disponível em: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1138&StorageFileGUID=080b4e24-202f-4732-84f1-738015f894f6>. Acesso em: 12 out. 2022.

IURLARO, Francesca. **The Invention of Custom**: Natural Law and the Law of Nations, ca. 1550-1750. Oxford: Oxford University Press, 2021.

KADENS, Emily. Convergence and the Colonization of Custom in Pre-Modern Europe. *In*: MASFERRER, Aniceto; MODÉER, Kjella A.; MORÉTEAU, Oliver (eds). **Comparative Legal History**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2019, p. 167-185.

KADENS, Emily. Custom's Past. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future**: International Law in a Changing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 11-33.

KADENS, E.; YOUNG, Ernest A. How Customary is Customary International Law. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, v.54, i. 3, 885-920, 2013.

KELLY, Patrick J. Customary International Law in Historical Context: The Exercise of Power without General Acceptance. *In*: LEPARD, Brian D. (ed.). **Reexamining**

Customary International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 47-85.

KELLY, Patrick J. Revolution by Customary International Law? Symposium on B.S. Chimni, “Customary International Law: A Third World Perspective”. **AJIL UNBOUND**, Cambridge, vol. 112, p. 297-302, 2018.

KELLY, Patrick J. The Twilight of Customary International Law. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 40, n. 2, p. 449-544, 2000.

KIM, Marie Seong-Hak. **Custom, Law and Monarchy.** Oxford: Oxford University Press, 2021.

KLECZKOWSKA, Agata. Armed Non-State Actors and Customary International Law. *In*: GOUGH, Alex; SUMMERS, James (eds.). **Non-State Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement.** Leiden: Brill Nijhoff, 2018.

KLETZER, Christoph. Custom and Positivity: An Examination of the Philosophic Ground of the Hegel–Savigny Controversy. *In*: MURPHY, Bernard J.; PERREAU-SAUSSINE, Amanda (eds.). **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives.** New York: Cambridge University Press, 2007, p. 125-148.

LANOVOY, Vladyslav. Customary International Law in the Reasoning of International Courts and Tribunals. *In*: ARAJÄRVI, Noora; KAMMERHOFER, Jörg; MERKOURIS, Panos (eds.). **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 231-255.

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

LEPARD, Brian D. “Customary International Law: A Third World Perspective”: Reflections in light of an Approach to CIL based on Fundamental Ethical Principles. Symposium on B.S. Chimni, “Customary International Law: A Third World Perspective”. **AJIL UNBOUND**, Cambridge, vol. 112, p. 303-307, 2018.

LEPARD, Brian D. Customary International Law as a Dynamic Process. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom’s Future: International Law in a Changing World.** Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 62-94.

LEPARD, Brian D. Why Customary International Law Matters in Protecting Human Rights. **Völkerrechtsblog**, Feb. 2019. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/de/why-customary-international-law-matters-in-protecting-human-rights/>. Acesso em: 10 out. 2022.

LIANG, Zhuo. The Practice of Non-state Armed Groups and the Formation of Customary International Humanitarian Law: Towards Direct Relevance? *In*: ARAJÄRVI, Noora; KAMMERHOFER, Jörg; MERKOURIS, Panos (eds.). **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 298-319.

LIPPOLD, Matthias; PAULUS, Andreas. Customary Law in the Postmodern World (Dis) order. Symposium on B.S. Chimni, "Customary International Law: A Third World Perspective". **AJIL UNBOUND**, Cambridge, vol. 112, p. 308-312, 2018.

MATHIAS, Stephen. The Work of the International Law Commission on Identification of Customary International Law: A view from the perspective of the Office of Legal Affairs. **Chinese International Law**, Oxford, vol. 15, i. 1, p. 17-31, 2016.

MERKOURIS, Panos. Interpreting the Customary Rules on Interpretation. **International Community Law Review**, Leiden, vol. 19, i. 1, p. 126-155, 2017.

MERON, Theodor. Customary Humanitarian Law: From the Academy to the Courtroom. *In*: MERON, Theodor (ed.). **The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 28-41.

MERON, Theodor. The Revival of Customary Humanitarian Law. **American Society of International Law**, Washington D.C, vol. 99, i. 4, p. 817-834, 2005.

MILEVA, Nina. The Role of Domestic Courts in the Interpretation of Customary International Law: How Can We Learn from Domestic Interpretive Practices? *In*: ARAJÄRVI, Noora; KAMMERHOFER, Jörg; MERKOURIS, Panos (eds.). **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 453-480.

MOHAMAD, Rahmad. Some Reflections on the International Law Commission Topic "Identification of Customary International Law". **Chinese Journal of International Law**, Oxford, vol. 15, i. 1, p. 41-46, 2016.

MÜLLER, Till. Customary Transnational Law: Attacking the Last Resort of State Sovereignty. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, vol. 15, i. 1, p. 19-47, 2008.

NIEMESCH, Mihail. Customary Law as a Main Source of International Law. **Journal of Law and Administrative Sciences**, Budapest, n. 3, p. 80-90, 2015.

OCHOA, Christiana. The Individual and Customary International Law Formation. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, vol 48, i. 1, p. 120-186, 2007.

OCHOA, Christiana. Towards a Cosmopolitan Vision of International Law: Identifying and Defining CIL post *Sosa v. Alvarez-Machain*. **University of Cincinnati Law Review**, Cincinnati, vol. 74, i. 1, p. 105-145, 2009.

ODERMATT, Jed. The Development of Customary International law by International Organizations. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 66, i. 2, 491-511, 2017.

PAUST, Jordan J. Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of the United States. **Michigan Journal of International Law**, vol. 12, i. 1, p. 59-91, Ann Arbor, 1990.

POCAR, Fausto. Transformation of Customary Law through ICC Practice. Symposium on the Rome Statute at Twenty. **AJIL UNBOUND**, Cambridge, vol. 112, p. 182-186, 2018.

POSTEMA, Gerald J. Custom in International Law: A Normative Practice Account. *In*: MURPHY, Bernard J.; PERREAU-SAUSSINE, Amanda (eds.). **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 279-306.

POSTEMA, Gerald G. Custom, Normative Practice and the Law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 62, n. 3, p. 707-738, 2012.

REISMAN, Michael W. Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law. **ICSID Review**, Oxford, vol. 30, n. 3, p. 616–634, 2015.

ROBERTS, A. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. **The American Journal of International Law**, Washington D.C., v. 95, i. 4, p. 757-791, 2001.

RYNGAERT, Cedric M. Customary International Law Interpretation: The Role of Domestic Courts. *In*: ARAJÄRVI, Noora; KAMMERHOFER, Jörg; MERKOURIS, Panos (eds.). **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 481-506.

RYNGAERT, Cedric M.; SICCAMI, Duco W. Ascertaining Customary International Law: An Inquiry into Methods used by Domestic Courts. **Netherlands International Law Review**, Den Haag, v. 65, i. 1, p. 1-25, 2018.

SCHABAS, William A. Customary Law of Judge-Made Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals. *In*: BASSIOUNI, M. Cherif; DORIA, José; GASSNER, Hans-Peter (eds.). **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 77-101.

SCHABAS, William A. *The Customary International Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

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

SCHLÜTTER, Birgit. **Developments in Customary International Law: Theory and Practice of the International Court of Justice and the International *ad hoc* Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

SENDER, Omri; WOOD, Michael. Custom's Bright Future: The Continuing Importance of Customary International Law. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future: International Law in a Changing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 360-369.

SHAH, Tansa. An Inclusive Reconceptualization of Customary International Law: A Third World Approach. **Cambridge International Law Journal**, Cambridge, 2020. Disponível em: <http://cilj.co.uk/2020/07/07/an-inclusive-reconceptualisation-of-customary-international-law-a-third-world-approach/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

STAUBACH, Peter G. **The Rule of Unwritten International Law**: Customary Law, General Principles and World Order. New York: Routledge, 2018.

TALMON, Stefan. Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. **The European Journal of International Law**, Oxford, v. 26, n. 2, p. 417-443, 2015.

TAN, Yudan. The Identification of Customary Rules in International Criminal Law. **Utrecht Journal of International and European Law**, Utrecht, vol. 34, i. 2, p. 92–110, 2018.

TASIOULAS, John. Custom, Jus Cogens and Human Rights. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future**: International Law in a Changing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 95-116.

TASIOULAS, John. Customary International Law and the Quest for Global Justice. *In*: MURPHY, Bernard J.; PERREAU-SAUSSINE, Amanda (eds.). **The Nature of Customary Law**: Legal, Historical and Philosophical Perspectives. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 307-335.

TESÓN, Fernando. Fake Custom. *In*: LEPARD, Brian D.(ed.). **Reexamining Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 86-110.

TOMKA, Peter. Custom and the International Court of Justice. The Law and Practice of International Court and Tribunals. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Leiden, vol. vol. 12, i. 2, p. 195-216, 2013.

TRACHTMAN, Joel P. The Growing Obsolescence of Customary International Law. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future**: International Law in a Changing World. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 172-204.

UNITED NATIONS. International Law Commission. **Report of the Sixty-Eighth Session**. A/71/10, Geneva, 2016. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf. Acesso em: 1º ago. 2019.

UNITED NATIONS. International Law Commission. **Reports of the Special Rapporteur on Identification of Customary International Law**. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml. Acesso em: 20 jul. 2019.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of the Seventieth Session. **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries**. A/73/10. Geneva, 2018. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Sixty-Fifth Session. **First Report on Formation and Evidence of Customary International Law**. A/CN.4/663. Geneva, 2013. Disponível em: <https://undocs.org/A/CN.4/663>. Acesso: 06 maio 2021.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Sixty-Seventh Session. **Third Report on Identification of Customary International Law**. A/CN.4/682. Geneva, 2015. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/088/91/PDF/N1508891.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 jan. 2022.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Sixty-Sixth Session. **Second Report on Identification of Customary International Law**. A/CN.4/672. Geneva, 2014. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>. Acesso em: 10 fev. 2020.

UNITED NATIONS. International Law Commission. **Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available**: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General. A/CN.4/6. New York, 1949. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_6.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

VAN DEN HERIK, Larissa. The Decline of Customary International Law as a Source of International Criminal Law. *In*: BRADLEY, Curtis A. (ed.). **Custom's Future: International Law in a Changing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 230-252.

VAN DER WILT, Harmen G. State Practice as Element of Customary International Law: A White Knight in International Criminal Law? **International Criminal Law Review**, Leiden, v. 20, i. 5, p. 784-804, 2020.

WALDEN, Raphael M. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law. **Israel Law Review**, Cambridge, vol. 12, n. 3, p. 344-364, 1977.

WOOD, Michael. The Evolution and Identification of the Customary International Law of Armed Conflict. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v. 51, i. 3, p. 727-736, May 2018.

WOOD, Michael. The Present Position within the ILC on the topic "Identification of Customary International Law": In Partial Response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law". **Chinese Journal of International Law**, Oxford, vol. 1, i. 1, p. 3-15, 2016.

WORSTER, William T. The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches. **Georgetown Journal of International Law**, Washington D.C, vol. 45, i.2, p. 445-521, 2014.

YADONG, Zhang. Evolution of the Customary International Law on Cultural Property Plundered in War. **The Opole Studies in Administration and Law**, Opole, vol. 18, n° 4, p. 123-135, 2020.

ZAMORA, Stephan. Is there Customary International Economic Law? **German Yearbook of International Law**, Kiel, vol. 32, p. 9-42, 1989.

ZHANG, Yue. Customary International Law and The Rule against Taking Property as Spoils of War. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, vol. 17, i. 4, p. 943-989, Dec. 2018.

Direito Internacional Geral

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Pathways to International Cooperation. *In*: BENVENISTI, Eyal; HIRSCH, Moshe (eds). **The Impact of International Law on International Cooperation**. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 50-84.

AMMANN, Odile. **Domestic Courts and the Interpretation of International Law**. Leiden: Brill Nijhoff, 2020.

ANDERSON, Kenneth. The Ottawa Conventions Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society. **European Journal of International Law**, Oxford, vol. 11, i. 01, p. 91-120, 2000.

ANGHIE, Anthony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. New York, Cambridge University Press, 2004.

ANGHIE, A; CHIMNI, B.S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, vol. 2, i. 1, p. 77-103, 2003.

ATAPATTU, Sumudu. International Environmental Law and Soft Law: A New Direction or a Contradiction? *In*: BAILLIET, Cecilia M. (ed.). **Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes**. New York, Cambridge University Press, 2012. p. 200-212.

BADR, Gamal. M. **State Immunity: An Analytical and Prognostic View**. Dordrecht: Springer Science and Business Media, BV, 1984.

BANGERTER, Olivier. Reasons why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not. **International Review of the Red Cross**, Cambridge, vol. 93, n. 882, p. 353-384, 2011.

BEDERMAN, David J. **Globalization and International Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

BELLAL, Annyssa; CASEY-MASLEN, Stuart. Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors. **Goettingen Journal of International Law**, Göttingen, vol. 3, i. 1, p. 175-197, 2011.

BELLAL, Annyssa; CASEY-MASLEN, Stuart. Rules of Engagement: Protecting Civilians through Dialogue with Armed Non-State Actors. **Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights**, p. 3-88, Oct. 2011 Disponível em: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Research%20documents/Rules-of-Engagement-EN.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law. **European Journal of International Law**, Oxford, vol. 20, i. 1, p. 59-72, 2009.

BETANCUR-RESTREPO, Laura; BHATIA, Amar; NATARAJAN, Usha, REYNOLDS John; TZOUVALA, Ntina; XAVIER, Sujith. Apresentando Twail Review (TWAILR). Trad. Fábila Veçoso. **Third World Approaches to International Law Review**. Windsor, Nov. 2020. Disponível em: <https://twailr.com/apresentando-twail-review-twailr/>. Acesso em: 06 set. 2022.

BETLEM, Gerrit; NOLLKAEMPER, André. Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. **European Journal of International Law**, Oxford, vol. 14, i. 3, p. 569-589, 2003.

BIANCHI, Andrea. **International Law Theories**: An Enquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BINGHAM, Tom. Foreword. *In*: FATIMA, Shaheed (ed.). **Using International Law in Domestic Courts**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

BOAS, Gideon. **Public International Law**: Contemporary Principles and Perspectives. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.

BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law**. New York: Oxford University Press, 2007.

BRETT, Annabel. Francisco De Vitoria (1483–1546) and Francisco Suárez (1548–1617). *In*: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1086-1091.

BROWNLIE, Ian. The Expansion of the International Society: The Consequences of the Law of Nations. *In*: BULL, Hedley; Watson, Adam (eds). **The Expansion of International Society**. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 357-369.

BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne Marie. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 47, n. 2, p. 327-352, 2006.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2005.

CASSIDY, Julie. Emergence of the Individual as an International Juristic Entity: Enforcement of International Human Rights. **Deakin Law Review**, Geelong, vol. 9, n. 2, p. 534-572, 2004.

CHENG, Bin. **Studies in International Space Law**. New York: Clarendon Press Oxford, 1997.

CHENG, Chia-Jui. **A New Global Economic Order**: New Challenges to International Trade Law. Leiden: Brill Nijhoff, 2022.

CHIMNI, B. S. An Outline of a Marxist Course on Public International Law. **Leiden Journal of International Law**, Cambridge, vol. 17, i. 1, p. 1–30, 2004.

CHIMNI, B.S. Crisis and International Law: A Third World Approaches to International Law Perspective. *In*: D'ASPREMONT, Jean; MBENGUE, Makane Moïse (eds.). **Crisis Narratives in International Law**. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2022. p. 40-53.

CHIMNI, B.S. **International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

CLAPHAM, Andrew. **Brierly's Law of Nations**. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

COHEN, Harlan G. Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. **Iowa Law Review**, Iowa, vol. 93, i. 1, p. 65-129, 2007.

ESLAVA, Luis. Istanbul Vignettes: Observing the everyday operation of International Law. **London Review of International Law**, Oxford, vol. 2, i. 1, p. 3–47, 2014.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. **Trade, Law and Development**, Jodhpur, v. 3, n. 1, p. 103-130, Spring 2011.

FIDLER, David P. Revolt Against or From Within the West: TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, vol. 2, p. 29-76, 2003.

FRANCHINI, Daniel. South Korea's denial of Japan's immunities for international crimes. Restricting or bypassing the law of state immunity? **Völkerrechtsblog**, 18 Jan 2021. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/de/south-koreas-denial-of-japans-immunity-for-international-crimes/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

GATHII, James T. Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive War under the Doctrine of Sources. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, vol. 43, n° 1-2, p. 67-103, 2005.

GATHII, James T. TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography. **Trade Law and Development**, Jodhpur, vol. 3, i. 1, p. 26-64, 2011.

GROTIUS, Hugo. **Commentary on the Law of Prize and Booty**. Edited and with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace**. Book I. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005a.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace**. Book II. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005b.

GUZMAN, Andrew T. The Case Against Consent in International Law. **Berkeley Program in Law and Economics Working Paper Series**, p. 2-47, 2012. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/11p1v5fw>. Acesso em: 10 set. 2022.

HIEMSTRA, Heleen; NOHLE, Ellen. The Role of Non-State Armed Groups in the Development and Interpretation of International Humanitarian Law. **Yearbook of International Humanitarian Law**, Cham, vol. 20, p. 3-35, 2019.

HIRSCH, Moshe. Sources of International Investment Law. *In*: BJORKLUND, Andrea K; REINISCH, August (eds.). **International Investment Law and Soft Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON DARFUR. **Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General**. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004. Geneva, 2005. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/1480de/pdf/>. Acesso em: 30 set. 2022.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?** Opinion Paper, Geneva, 2008. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Treaties, State Parties and Commentaries. **Convention (II) with respect to the Laws and Customs of War on Land**. The Hague, 29 July 1899. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=9FE084CDAC63D10FC12563CD00515C4D>. Acesso em: 27 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. 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**. New York, Nov. 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/0/000-20191101-STA-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Johannesburg Conference (2016)**. Non State Actors. Johannesburg, 2016b. Disponível em: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1206&StorageFileGUID=fd5b9048-2919-45dc-bcbe-bca53fd4c7a7>. Acesso em: 28 set. 2022.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Johannesburg Conference (2016)**. (Study Group on) Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law. Johannesburg, 2016a. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=57>. Acesso em: 16 jun. 2022.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Washington Conference (2014)**. Non State Actors. Washington, 2014. Disponível em: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1207&StorageFileGUID=e100e0f3-96d7-45ce-b05c-e1fe669328a4>. Acesso em: 27 set. 2022.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim’s International Law**. vol I: Peace. 9. ed. London: Longman, 1996.

JO, Hyeran. **Compliant Rebels: Rebel Groups and International Law in World Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

KANETAKE, Machiko. The Interfaces between the National and International Rule of Law: A Framework Paper. *In*: KANETAKE, Machiko; NOLLKAEMPER, André (eds.). **The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2016. p. 11-41.

KARAVIAS, Markos. **Corporate Obligations under International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KHOSLA, Madhav. The TWAIL Discourse: The Emergence of a New Phase. **International Community Law Review**, Leiden, vol. 9, i. 3, p. 291-304, 2007.

KLABBERS, Jan. International Courts and Informal International Law. *In*: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan (eds). **Informal International Law Making**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 219-240.

KLABBERS, Jan. The Idea (s) of International Law. *In*: FRISHMAN, Morly; KISTEMAKER, Laura; MULLER, Sam; ZOURIDIS, Stavros (eds). **The Law of the Future and the Future of the Law**. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011. p. 69-80.

KNOP, Karen. **Diversity and Self-Determination in International Law**. Cambridge: Cambridge, 2004.

KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. New York: Cambridge University Press, 2005.

LIMA, Lucas C.; SALIBA, Aziz T. The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: What is at stake with the “Shangri-la” case? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 18, n.1, p. 52-58, 2021.

MAISLEY, Nahuel. **El Derecho de la Sociedad Civil a Participar en la Creación del Derecho Internacional**. Orientador: Emiliano J. Buis. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018.

MANN, Jindan-Karena; TOUW, Nicky. Applicability of International Law to Transnational Corporations. **Rethinking Slic**. Amsterdam, Sept, 2020. Disponível em: <https://rethinkingslic.org/blog/tort-law/74-blog-on-applicability-of-international-law-to-transnational-corporations>. Acesso em: 28 set. 2022.

MCCORQUODALE, Robert. An Inclusive International Legal System. **Leiden Journal of International Law**, Cambridge, vol. 17, i. 03, p. 477-504, 2004.

MERON, Theodor. **The Humanization of International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

MÜLLER, Daniel; PELLET, Alain. Competence of the Court, Article 38. *In*: OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian J; TOMUSCHAT, Christian; ZIMMERMANN, Andreas (eds). **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 819-962.

MURRAY, Daragh. How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups. **Journal of Conflict & Security Law**, Oxford, vol. 20, n. 1, p. 101–131, 2015.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, Cambridge, vol. 94, p. 31-38, 2000.

NOLLKAEMPER, André. Conversations among Courts: Domestic and International Adjudicators. *In*: ALTER, Karen J.; ROMANO, Cesare P. R.; SHANY, Yuval (eds.). **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 524-549.

ODEYEMI, Christo. R2P Intervention, BRICS Countries, and the No-Fly Zone Measure in Libya. **Cogent Social Sciences**, London, vol. 2, i. 1, p. 1-16, 2016.

PAUWELYN, Joost. Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions. *In*: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan (eds). **Informal International Law Making**. Oxford: Oxford University Press, 2012a. p. 13-34.

PAUWELYN, Joost. Is International Law or Not, and Does It Even Matter? *In*: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan (eds). **Informal International Law Making**. Oxford: Oxford University Press, 2012b. p. 125-161.

PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. **Informal International Law Making**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A; WOUTERS, Jan. Informal International Law as Presumptive Law: Exploring New Modes of Law-Making. *In*: LIVOJA, Rain; PETMAN, Jarna (eds). **International Law-Making: Essays in Honour of John Klabbers**. New York: Routledge, 2014b.

PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS S., Jan. When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Law-Making. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 25, n. 3, p. 733-763, 2014a.

PETERS, Anne. **Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law**. Translated by Jonathan Huston. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

PETERS, Anne. Membership in the Global Constitutional Community. *In*: Jan KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. New York, Oxford University Press, 2009. p. 153-262.

ROBERTS, Anthea. Comparative International Law? The role of National Courts in Creating and Enforcing International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, vol. 60, i. 1, p. 57-92, 2011.

ROBERTS, Anthea; SIVAKUMARAN, Sandesh. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, vol. 37, i. 1, p. 108-152, 2012.

ROJAS-OROZCO, César. **International Law and Transition to Peace in Colombia: Assessing Jus Post Bellum in Practice**. Leiden: Brill Nijhoff, 2021.

ROTBURG, Robert. Failed and Weak States Defined. Africa and Asia: The Key Issue. **A blog by Robert Rotberg**. Feb. 2013. Disponível em: <https://robertrotberg.wordpress.com/2013/02/11/failed-and-weak-states-defined/>. Acesso em: 12 out. 2022.

SANDS, Philippe. Crisis and Its Curators: A Preface. *In*: D'ASPREMONT, Jean; MBENGUE, Makane Moïse (eds.). **Crisis Narratives in International Law**. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2022. preface.

SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla; Lenita Ananias do Nascimento; Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHELTON, Dinah. Soft law. *In*: ARMSTRONG, David (ed). **Routledge Handbook of International Law**. New York: Routledge, 2009. p. 68-80.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 5. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

SIVAKUMARAN, Sandesh. Binding Armed Opposition Groups. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, vol 55, i. 2, p. 369-394, 2006.

SIVAKUMARAN, Sandesh. Implementing Humanitarian Norms through Non-State Armed Groups. *In*: KRIEGER, Heike (ed.). **Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lesson from the African Great Lakes Region**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 125-146.

STAPELBROEK, Koen; TRAMPUS, Antonio. **The Legacy of Vattel's *Droit de gens***. Cham: Springer Nature, 2019.

TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios. Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law. *International Law and Practice Symposium on Domestic Courts as Agents of Development of International Law*, **Leiden Journal of International Law**, Cambridge, vol. 26, i. 03, p. 531-540, 2013.

TASIOULAS, John. In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 16, i. 1, p. 85-128, 1996.

TESÓN, Fernando R. The Kantian Theory of International Law. **Columbia Law Review**, New York, vol. 92, i.1, p. 53-102, 1992.

TSAGOURIAS, Nicholas. Non-State Actors in International Peace and Security: Non-State Actors and the Use of Force. *In*: D'Aspremont, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law**. New York: Routledge, 2011. p. 326-341.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Fifty-third Session. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with**

commentaries. A/56/10. Geneva, 2001. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em: 10 15 set. 2022.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Seventy-first session. Chapter V. **Peremptory norms of general international law (jus cogens).** A/74/10. Geneva, 2019. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf>. Acesso: 06 ago. 2022.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.** Vienna, 21 March 1986. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf. Acesso em: 3 ago. 2019.

UNITED NATIONS. **United Nations Treaty Collection.** Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. Vienna, 21 March 1986. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en. Acesso em: 12 out. 2022.

VATTEL, Emer De. **O Direito das Gentes.** Pref. e trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

VEC, Milos. From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties of 1919. *In*: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds). **The Oxford Handbook of the History of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 654-678.

VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation. *In*: ROBERTS, A.; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila (eds.). **Comparative International Law.** New York: Oxford University Press, 2018. p. 209-230.

WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law? **The American Journal of International Law**, Washington D.C, vol. 77, i. 3, p. 413-442, 1983.

WEISS, Edith Brown. The Kaleidoscopic World Confronts a Pandemic. *In*: D'ASPREMONT, Jean; MBENGUE, Makane Moïse (eds.). **Crisis Narratives in International Law.** Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2022. p. 146-158.

WHEATON, Henry. **Elements of International Law.** The Literal Reproduction of the Edition of 1866 by Richard Henry Dana Jr. New York: Oceana Publications Inc., 1964.

Direito Processual Internacional

ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, vol. 60, i. 3, p. 681-712, 2011.

ARAJÄRVI, Noora. **The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals.** New York: Routledge, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alcance da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana. **Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outro (a/s) v. República Federal da Alemanha**. Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, Rio de Janeiro. Julgamento. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alcance da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana. **Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e outro (a/s) v. República Federal da Alemanha**. Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, Rio de Janeiro. Embargos de Declaração. Brasília, maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4943985&numeroProcesso=954858&classeProcesso=ARE&numeroTema=944>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CANADA. Supreme Court of Canada. **Kazemi Estate and Hashemi v. Islamic Republic of Iran et al.** Judgment. Case n° 35034. Ottawa, Oct. 2014. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14384/index.do>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CANADA. Supreme Court of Canada. **Nevsun Resources Ltd. V. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle and International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law, EarthRights International, Global Justice Clinic at New York University School of Law, Amnesty International Canada, International Commission of Jurists, Mining Association of Canada and MiningWatch Canada** (interveners). Ottawa, Feb. 2020. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/18169/1/document.do>. Acesso em: 10 out. 2022.

FAUCHALD, Ole Kristian. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis. **European Journal of International Law**, Oxford, vol. 19 n. 2, p. 301-364, 2008.

FRULLI, Micaela. The Contribution of International Criminal Tribunals to the Development of International Law: The Prominence of *Opinio Juris* and the Moralization of Customary Law. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Leiden, vol. 14, i. 1, p. 80-93, 2015.

GREECE. Germany Prefecture of Voiotia, representing 118 persons from Distomo village. Supreme Court. Petition on cassation against default. Case n°11/2000. Athens, 04 May 2000. Reported by Maria Gavouneli. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 287, 2006.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2010. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea x Republic Democratic of Congo). Preliminary Objections, **ICJ Reports**, 2007. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application instituting proceedings and request for provisional measures. Certain questions of jurisdictional immunity and enforcement of judgments. Federal Republic of Germany v. Italian Republic. Hague, **ICJ Reports**, 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/183/183-20220429-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo/Belgium). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 2002. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum Case (Colombia/Peru). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1950. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain). Separate Opinion of Judge Ammoun. **ICJ Reports**, Hague, 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-10-EN.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada x U.S.A.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 1984. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1980. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/65/065-19801220-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany x Italy, Greece intervening.). Judgment, **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1996. Disponível em:

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (USA/Nicaragua). **ICJ Reports**, Hague, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment, Dissenting Opinion of Judge Sorensen, **ICJ Reports**, Hague, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-11-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands/India). Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade. Judgment, **ICJ Reports**, Hague 2016. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/158/158-20161005-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). **ICJ Reports**, Hague, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Bosco Ntaganda**. Case nº ICC-01/04-02/06 OA5. The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. Hague, 15 June 2017. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF. Acesso em: 26 maio 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Germain Katanga**. Case nº ICC- 01/04-01/07, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 07 Mar. 2014. Disponível em: <https://www.icc->

[cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_04025.PDF](https://www.cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_04025.PDF). Acesso em: 30 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case n° ICC - 01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Hague, 15 June 2009. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF. Acesso em: 13 ago. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. Case n° ICC -01/05-01/08, Trial Chamber III, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 21 Mar. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Hague, 06 May 2019. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF. Acesso em: 03 jul. 2021.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 04 Mar. 2009. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF. Acesso em: 20 maio 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Case n° ICC-02/05-01/09. Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Hague, 12 Dec. 2011. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_21722.PDF. Acesso em: 26 maio 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**. Case n° ICC- 01/04-01/06, Trial Chamber I, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Hague, 14 Mar. 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF. Acesso em: 30 mar. 2022

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. André Rwamakuba**. Case n° ICTR-98-44-AR72.4. Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 Oct. 2004. Disponível em: http://www.worldcourts.com/ictr/eng/decisions/2004.10.22_Prosecutor_v_Rwamakuba.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana**. Case n° ICTR-95-1-T. Trial Chamber II, Judgment, 21 May 1999. Disponível em:

<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01/MSR17800R0000620215.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze**. Case n° 99-52-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 03 Dec. 2003. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-52/trial-judgements/en/031203.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Ignace Bagilishema**. Case n° ICTR-95-1A-T. Trial Chamber I, Judgment, 7 June 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda**. Case n° ICTR-99-54A-T. Trial Chamber II, Judgment, 22 Jan. 2003. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-99-54A/MSR50236R0000542264.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Prosecutor v. Laurent Semanza**. Case n° ICTR-97-20-T. Trial Chamber III, Judgment, 15 May 2003. Disponível em: <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-20/MSR13183R0000540690.PDF>. Acesso em: 20 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Anto Furundzija**, Case n° IT-95-17/1-T. Trial Chamber, Judgment, 10 Dec. 1998. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Case n° IT-96-22-A, Appeals Chamber, 7 Oct. 1997. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Case n° IT-96-22-T, Trial Chamber, Judgment, 29 Nov. 1996. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj961129e.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Drazen Erdemovic**. Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. Case n° IT-96-22-A, Appeals Chamber, 7 Oct. 1997. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Enver Hadžihanović Amir Kubura**, Case n° IT-01-47-T. Trial Chamber Judgment, 15 Mar. 2006. Disponível em:

https://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tjug/en/had-judg060315e.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Hadzihasanovic, Alagic and Kubura**. Case n° IT-01-47-AR72. Decision on Interlocutory Appeal challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Kupreskic et al.** Case n° IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 Jan. 2000. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Radislav Krstic**. Case n° IT-98-33-T. Trial Chamber, Judgment, 02 Aug. 2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Tadic**. Case n° IT-94-1-AR72, Appeal Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 oct. 1995. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. **Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Edelson et al.** Judgment. Case n° 7092/94. Jerusalem, June 1997. Disponível em: https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Her%20Majesty%20the%20Queen%20in%20Right%20of%20Canada%20v.%20Edelson_0.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

ITALAW. **Accession Mezzanine Capital LP and Danubius Kereskedoház Vagyonkezele Zrt v Hungary**. Jan. 2013. ICSID Case n° ARB/12/3 Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1292.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ITALAW. **ADF Group Inc. v. United States of America**. 2003. ICSID Case n° ARB (AF)/00/1. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ITALAW. **BG Group Plc. v. The Republic of Argentina**. Dec. 2007. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

ITALAW. **Cargill, Incorporated v. United Mexican States**. Sept. 2009. ICSID Case n. ARB(AF)/05/Z). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf. Acesso em: 30 Apr. 2021.

ITALAW. **Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic**. ICSID Case n° ARB/05/1. Aug. 2012. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

ITALAW. **EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A v. Argentine Republic.** June 2012. ICSID Case n° ARB/03/23. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

ITALAW. **Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America.** 2009. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ITALAW. **Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al v. United States of America.** Jan. 2011. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

ITALAW. **Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada.** ICSID Case n° NCT/07/1. 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ITALAW. **Mihali International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka.** Mar. 2002. Case n° ARB/00/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ITALAW. **Mondev International Ltd. v. United States of America.** Oct. 2002. ICSID Case n° ARB (AF) /99/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/716>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ITALAW. **Sempra Energy International v. the Argentine Republic.** May 2005. ICSID Case n° ARB/02/16. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0768.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ITALAW. **Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. The United Mexican States.** May 2003. ICSID Case n° ARB (AF)/00/2. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

ITALAW. **United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada.** Nov. 2002. ICSID Case n° UNCT/02/01. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ITALY. **Ferrini v. Germany.** Supreme Court of Cassation. Appeal Decision. Case n° 5044/04. Rome, 11 Mar. 2004. Reported by Simonetta Stirling-Zanda. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 19, 2006.

ITALY. **Simoncioni and ors v Germany and President of the Council of Ministers of the Italian Republic (intervening).** Constitutional Court. Constitutional review, Judgment. Case n° 238/2014. Rome, 22 October 2014. Reported by Alessandro Chechi. **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts**, ILDC 2237, 2014.

JESSBERGER, Florian; WERLE, Gerhard. "Unless Otherwise Provided": Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, vol. 3, i.1, p. 35-55, 2005.

LIMA, Lucas C. Da Relevância dos casos do Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, UNICEUB, v. 14, n. 3, p. 203-215, 2017.

LIMA, Lucas C. **O uso autoritativo das decisões judiciais internacionais pela Corte Internacional de Justiça**: Precedente e *Judicial LawMaking* no Direito Internacional. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

PELLET, Alain. 2013 LALIVE Lecture: The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration. **ICSID Review**, Oxford, vol. 28, n. 2, p. 223-240, 2013.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Documents presented to the Committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice**. London, 1920. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Advisory Committee of Jurists. **Proceedings of the Committee 16th-July 24th 1920**. The Hague, 1920. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Factory at Chorzow (Germany/Poland). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1928. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf. Acesso: 22 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Certain German Interests in Polish upper Silesia. Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1926. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Certain questions relating to settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland. Advisory Opinion. **ICJ Reports**, Hague, 1923. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf. Acesso e: 22 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. League of Nations. **Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court**, 1921. Geneva, 1921. Disponível em: <https://www.icj->

cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. The case of the S.S “Lotus” (France/Turkey). Judgment. **ICJ Reports**, Hague, 1927. Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

REQUA, Marny A. A Human Rights Triumph? Dictatorship-era Crimes and the Chilean Supreme Court. **Human Rights Law Review**, Oxford, vol. 12, i. 1, p. 79-106, 2012.

SOUTH AFRICA. The Supreme Court of Appeal of South Africa. Case n° 867/15. **Minister of Justice and Constitutional Development et al v Southern African Litigation Centre et al**. Judgment. Bloemfontein, Mar. 2016. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2016/17.html>. Acesso em: 19 jun. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Opel Austria v. Council**. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Processo T-115/94. Luxemburgo, 22 jan. 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0115&from=PT>. Acesso em: 03 jul. 2021

UNITED KINGDOM. **HRH Prince Abdul Aziz bin Fahd bin Abdul Aziz v. Harb**. England and Wales Court of Appeal (Civil Division). London, May 2015. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71060d03e7f57ea701f>. Acesso em: 23 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. **R v. Jones et al**. House of Lords. Session 2005-6. UKHL 16. Opinions of the Lords of Appeals for judgments. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

UNITED NATIONS. **Economic and Social Council**. Commission on Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Fifty-fifth session. Item 4 of the provisional agenda. E/CN.4/Sub.2/2003/12. Geneva, Aug. 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/498842>. Acesso em: 08 out. 2022.

UNITED NATIONS. **International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <https://www.icty.org/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

UNITED NATIONS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. **Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/en/tribunal>. Acesso em: 20 fev. 2020.

UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. May, 1993. Disponível em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

UNITED NATIONS. Security Council. **Statute of the International Tribunal for Rwanda**, UNDoc.S/RES/955, Nov. 1994. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994)). Acesso em: 21 fev. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. **Banco Nacional de Cuba v Sabbatino and Farr, Whitlock & Company**. Decision of the Supreme Court on the Grant of Certiorari, n° 16, 376 US 398. Washington D. C, Mar. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>. Acesso em: 08 set. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Flores and ors v. Southern Peru Copper Corp.** United States Court of Appeals for the Second Circuit. Docket n° 02-9008. New York, Aug. 2003. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/414/233/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Jesner et al v. Arab Bank, PLC**. Supreme Court of the United States. Washington D.C, Apr. 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Kiobel and ors v. Royal Dutch Petroleum Co. and ors**. United States Court of Appeals, Second Circuit. Docket n° 06-4800-cv, 06-4876-cv. New York, 2010. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=17590512216294512273&q=621+F.3d+111+&hl=en&as_sdt=2,7. Acesso em: 16 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Linda Velez v. Betsy Sanchez et al**. United States Court of Appeals for the Second Circuit. New York, July 2012. Docket n° 11-90-cv. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/693/308/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Nestle USA, Inc. v. Doe et al**. Supreme Court of the United States. Washington D.C, June 2021. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.** U.S. District Court for the Southern District of New York. 244 F. Supp. 2d 289. New York, 2003. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Salim Ahmed Hamdan v. United States of America**. United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit. Judgment. Case n° 11-1257. Washington D.C., Oct. 2012. Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/722A4A4B384D5EC985257A99004D77C0/\\$file/11-1257-1399811.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/722A4A4B384D5EC985257A99004D77C0/$file/11-1257-1399811.pdf). Acesso em: 23 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States of America v. Abukar Osman Beyle and Shani Nurani Shiekh Abrar**. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. Case n° 13-4895, 13-4897. Alexandria, 2015. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1696524.html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States v. Bellaizac-Hurtado et al**. United States Court of Appeal for the 11th Circuit. Judgment, Case n° 700 F.3d 1245.

Judgment, Atlanta, Nov. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-bellaizac-hurtado>. Acesso em: 23 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Yousuf et al v. Samantar**. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit Case n° 11-1479. Alexandria, 2012. Disponível em: <https://www.ca4.uscourts.gov/opinions/published/111479.p.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

Interdisciplinares

AMNESTY INTERNATIONAL. **Israel and Occupied Palestinian Territories: Families under the Rubble**. Nov., 2014. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/032/2014/en/>. Acesso em: 26 set. 2022.

AMNESTY INTERNATIONAL. **The Human Rights Impact of Less Lethal Weapons and Other Law Enforcement Equipment**. London: Omega Research Foundation, 2015.

ANGHIE, Anthony. Legal Aspects of the International Economic Order. **Humanity Journal**, Philadelphia, vol. 6, i. 6, p. 145-158, 2015.

AUST, Anthony. The Theory and Practice of Informal International Instruments. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 35, i. 4, p. 787-812, 1986.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. New York: Cambridge University Press, 1995.

BEDJAOUI, Mohammed. **Towards a New International Economic Order**. New York: Holmes & Meier Publishers, 1979.

BULAJIC, Milan. Legal Aspects of a New International Economic Order. *In*: HOSSAIN, Kamal (ed.). **Legal Aspects of the New International Economic Order**. London: Bloomsbury Publishing, 2013.

CHAN, Victor; DENG Hugh; HIGGS, Lindsey. Redefining Transnational Corporations. **Transnational Corporations Review**, London, v. 1, n° 2, p. 69-80, 2009.

DIAS, Maria Tereza F.; GUSTIN, Miracy B. de Souza. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRANCK, Thomas M. **The Power of Legitimacy Among Nations**. New York: Oxford University Press, 1990.

FREEDOM FROM TORTURE. Empowering Survivors, Rebuilding Lives. **Where does torture happen around the world?** London, April 2022. Disponível em: <https://www.freedomfromtorture.org/news/where-does-torture-happen-around-the-world>. Acesso em: 17 set. 2022.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Estudio. Preliminar sobre el Pensamiento Científico Jurídico de Gény a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2000.

GONG, Geritt W. **The Standard of Civilization in International Society**. New York: Oxford University Press, 1984.

HINSLEY, F. H. **Sovereignty**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas**. 6th ed. London: John Murray, 1920.

MAYALI, Laurent. The Legacy of Roman Law. *In*: JOHNSTON, David (ed.). **The Cambridge Companion to Roman Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 374-395.

MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. **Free Trade Agreement Between The Government of the People's Republic of China And The Government of New Zealand**. Beijing, Apr. 2008. Disponível em: <http://images.mofcom.gov.cn/gjs/accessory/200804/1208158780064.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

NO DEATH PENALTY. Campaign to End the Death Penalty. **9 Arguments against Death Penalty: Are there anyPros?** Disponível em: <https://nodeathpenalty.org/>. Acesso em: 26 set. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. 2011 ed. Paris, 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Foreign Trade Information System. **Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the promotion and protection of investments**. Nov. 2006. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN_Peru_e.asp. Acesso em: 03 jun. 2022.

PAGDEN, Anthony. Conquest and the Just War: The "School of Salamanca" and the "Affair of the Indies". *In*: MUTHU, Sankar (ed.). **Empire and Modern Political Thought**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 30-60.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in Cultural Geography. **Third World Legal Studies**, Valparaíso, vol. 15, p. 1-20, 1999.

ROBERTS, A. Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States. **The American Journal of International Law**, Washington D.C, vol. 104, i. 2, p. 179-225, 2010.

SAUVY, Alfred. Trois Monde, Une Planète. **L'Observateur**, Paris, n.118, p. 14, 14 août 1952. Disponível em: <http://www.homme-moderne.org/societe/demo/sauvy/3mondes.html>. Acesso em: 06 set. 2022.

SLAUGHTER, Anne Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STRAUMANN, Benjamim. **Roman Law in the State of Nature**: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law. Translated by Belinda Cooper. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SUÁREZ, Francisco. **Selections from Three Works of Francisco Suárez**. Transl. Gwladys L. Williams, Ammi Brown, John Waldron with Rev. Henry Davis. Vol. II. Oxford: Clarendon Press, 1944.

UNITED NATIONS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, Dec. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1514 (XV). **Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples**. New York, 1960. Disponível em: <https://legal.un.org/avl/ha/dicc/dicc.html>. Acesso em: 10 nov. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1721A (XVI). **International Co-operation in the peaceful uses of outer space**. New York, 1961. Disponível em: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/resolutions/res_16_1721.html. Acesso em: 29 jan. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1803 (XVII). 14 Dec. 1962. **Permanent Sovereignty over Natural Resources**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 1962 (XVIII). **Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space**. New York, 1962. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/1962%28XVIII%29>. Acesso em: 29 jan. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 2625 (XXV). Twenty-fifth session. Agenda item 85. **Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations**. A/RES/25/2625. Geneva, Oct. 1970. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em: 17 out. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty Special Session. Resolution 3201 (S-VI). **Declaration on the Establishment of a New International Economic Order**. A/RES/S-6/3201. New York, 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso e: 27 jan. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty Special Session. Resolution 3202 (S-VI). **Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order**. A/RES/S-6/3202. New York, 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>. Acesso em: 27 jan. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Twenty-ninth Session. Resolution 3281(XXIX). **Charter of Economic Rights and Duties of States**. New York, 1974. Disponível em: [https://undocs.org/en/a/res/3281\(XXIX\)](https://undocs.org/en/a/res/3281(XXIX)). Acesso em: 27 jan. 2022.

UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-general pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)**. S/25704. New York, May 1993. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/166504#record-files-collapse-header>. Acesso em: 13 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Seventy-Fifth Session. **Towards a New International Economic Order**. Report of the Secretary General. A/75/325. Geneva, 2020. Disponível em: <https://undocs.org/A/75/325>. Acesso em: 28 abr. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. UNCED. **Rio Declaration on Environment and Development**. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I). Rio de Janeiro, June 1992. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/836/55/PDF/N9283655.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking**. New York and Geneva, 2007. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 03 jun. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. UNCTAD. Investment Policy Hub. **Bilateral Investment Treaties. Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**. Vladivostok, Sept. 2012. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3476/download>. Acesso em: 03 jun. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. UNCTAD. Investment Policy Hub. **Free Trade Agreement between The Republic of Korea and Singapore**. Aug. 2005. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2709/download>. Acesso em: 03 jun. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. UNCTAD. **World Investment Report 2022: International Tax Reforms and Sustainable Investment. Overview**. Geneva, 2022. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_overview_en.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Human Rights Council. **Universal Periodic Review**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-main>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Normas jurídicas

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso: 20 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de leis do Brasil**, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 42.121 de 21 de agosto de 1957. Promulga as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinada a proteger a vítima da guerra. **Diário Oficial da União**, 9 jul. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 849 de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional aplicável aos conflitos armados. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, 26 de setembro de 2002. Art.10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 03 de maio 2021.

UNITED KINGDOM. **State Immunity Act 1978**. London, 1978. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33#:~:text=An%20Act%20to%20make%20new,respect%20to%20the%20immunities%20and>. Acesso em: 20 jun. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Alien's Actions for Torts**. Washington D.C, 1948. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title28/pdf/USCODE-2011-title28.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Sovereign Immunity Act**. Washington D.C, Oct. 1976. Disponível em: <https://www.congress.gov/94/statute/STATUTE-90/STATUTE-90-Pg2891.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.