

Costume bilateral em Direito Internacional Público

DR. MIGUEL GALVÃO TELES

À memória de meu pai

1. “A respeito da pretensão de Portugal a um direito de passagem tal como formulada por aquele na base do costume local, é objectado pelo lado da Índia que nenhum costume local poderia ser constituído somente entre dois Estados. O Tribunal não vê razão para que uma prolongada e contínua prática entre dois Estados aceite por eles como regulando as suas relações não possa constituir a base de direitos e obrigações mútuos entre os dois Estados” [na versão francesa: “É difícil perceber por que razão o número de Estados entre os quais um costume local se pode constituir sobre a base de uma prática prolongada deveria necessariamente ser superior a dois”]¹.

Com estas palavras, o Tribunal Internacional de Justiça simultaneamente acolheu e efectuou uma contribuição fundamental para a doutrina do costume internacional – que não deixa de o ser pela circunstância de não ter havido novo caso em que a questão se haja posto. Tratou-se do reconhecimento *explícito* e categórico daquilo a que se chamou costume bilateral e que consiste em costume formado pela prática de apenas dois Estados e vinculando somente esses dois Estados.

¹ *Direito de Passagem sobre o Território Indiano, Mérito*, Acórdão de 12 de Abril de 1960, *ICJ Reports* 1960, p. 39. As decisões são sempre bilingues (francês e inglês), sendo uma versão prevalecte. No caso, a versão “com autoridade”, “que fazia fê”, era a inglesa. O Acórdão, nas versões inglesa e francesa, e incluindo declarações de voto, está também publicado em *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2004, Edição especial. A passagem transcrita encontra-se a pp. 82-83. Note-se ainda que o Acórdão, assim como o de 1957, sobre excepções preliminares, e as peças processuais, escritas e orais, são susceptíveis de acesso pela Internet, <http://www.icj-cij.org/>.

2. No caso do *Direito de Passagem*, o Tribunal pronunciou-se sobre excepções preliminares deduzidas pela Índia² e sobre o mérito. O caso ficou na história do direito internacional por referência a três temas. O primeiro foi o do regime jurídico da declaração de aceitação da jurisdição do Tribunal nos termos do artigo 36 (2) do Estatuto (a chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória). O Tribunal não só entendeu (1.^a excepção) que um Estado podia prever a possibilidade de limitação, no futuro, do âmbito da cláusula (pode, aliás, sempre prever a sua revogação), como considerou que a declaração produz efeito com o seu depósito junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, sem ter de aguardar pela recepção de cópias pelos Estados partes no Estatuto (2.^a excepção), não se exigindo intervalo entre o depósito da declaração e a apresentação de uma petição no Tribunal, bastando que esta seja posterior àquela (4.^a excepção)³.

Segundo ponto onde o Acórdão marcou, embora menos importante que o primeiro e muito menos que o seguinte, respeita ao momento da formação do diferendo. A declaração indiana de aceitação de jurisdição referia-se a “*diferendos constituídos depois de 5 de Fevereiro de 1930, a respeito de situações ou factos subsequentes a essa data*”. A Índia alegou que o diferendo se formara anteriormente – porque desde antes Portugal se considerava titular do direito de pas-

² Acórdão de 26 de Novembro de 1957, *ICJ Reports* 1957, pp. 125 ss.. Nesse Acórdão, o Tribunal rejeitou as quatro primeiras excepções e juntou ao mérito a quinta e a sexta.

³ Consciente de que, se a Índia soubesse da intenção portuguesa de agir, com toda a probabilidade revogaria ou limitaria a sua declaração de aceitação de jurisdição, Portugal, logo após ter sido admitido nas Nações Unidas, o que o tornou parte no Estatuto do TIJ, depositou a declaração de aceitação de jurisdição deste (19 de Dezembro de 1955) e entregou a petição no Tribunal (22 do mesmo mês). O caso e o entendimento do Tribunal, impecável perante os textos, fizeram perceber que a aceitação de jurisdição, sem reserva, acabava por significar admitir ser demandado. Para demandar, o Estado podia sempre apresentar uma declaração imediatamente antes da propositura da acção, como Portugal fizera. Isso levou a que muitos Estados adoptassem a chamada reserva dos doze meses, isto é, declarassem que só aceitavam jurisdição relativamente a Estados que a aceitassem há mais de um certo prazo, por regra doze meses. Nisto vai evidentemente implicado, por virtude do princípio da reciprocidade, o ónus de, igualmente, só poder demandar Estados doze meses passados sobre a própria declaração e a destes. Também Portugal (que entretanto fora, pela primeira vez, demandado, paralelamente a outros Estados membros da OTAN, em acção intentada pela República Federal da Jugoslávia, depois Sérvia e Montenegro) veio a introduzir aquela restrição, em modificação, feita em 25 de Fevereiro de 2005, da sua declaração anterior. Foi eu quem redigiu o projecto desta segunda declaração, com a emoção de estar a alterar um texto que fora elaborado por meu pai. Disse-lho, não se melindrou, sabendo, e referindo, que a declaração de 1955 era, por força das próprias circunstâncias e objectivos, amplíssima – e, no fundo, a sua modificação já se encontrava prevista por ela própria.

sagem – e que respeitava a factos e situações em parte anteriores a 1930. Tratava-se da 6.^a excepção, que o Tribunal juntou ao mérito. A contribuição do caso traduziu-se no entendimento de que só existe diferendo quando se encontram realizados todos os seus elementos constitutivos (o que só aconteceu em 1954). No que toca ao significado da expressão “*situações e factos a que o diferendo respeita*”, o Tribunal manteve a doutrina vinda do Tribunal Permanente no caso da *Companhia de Electricidade de Sófia e da Bulgária*, no sentido de que relevam apenas as situações ou factos que representem a fonte do diferendo⁴.

3. A contribuição mais importante do caso do *Direito de Passagem* para a formação do Direito Internacional veio, todavia, a consistir no reconhecimento da possibilidade de um costume formado apenas entre dois Estados e vinculando somente estes. Aí, Inocêncio Galvão Telles teve um papel decisivo. Foi ele quem alegou por Portugal, em debate vivíssimo com o grande internacionalista suíço Paul Guggenheim⁵.

4. É necessário começar por enquadrar o tema no quadro geral da fundamentação, por Portugal, do direito de passagem por território indiano, entre o litoral de Damão e os enclaves de Dadrá e Nagar-Aveli, bem como entre estes.

O Estado português mencionava vários títulos para justificar o direito que arguia: títulos locais e títulos gerais. Os títulos locais invocados eram, por um lado, formados por um tratado do séc. XVIII (o Tratado de Punem, ou de

⁴ O tema do momento da formação do diferendo reapareceu nos casos da *Licitude do Emprego da Força*. A República Federal da Jugoslávia fez declaração de aceitação de jurisdição, datada de 25 de Abril de 1999, respeitante a diferendos que surgissem depois da assinatura da declaração, com respeito a factos e situações também posteriores (para se proteger quanto ao que ela própria havia feito). Perante o argumento dos Estados demandados que possuíam cláusula de jurisdição de que o diferendo era anterior a 25 de Abril de 1999, a República Federal da Jugoslávia, na Memória, invocando o caso do *Direito de Passagem*, veio arguir que o diferendo não tinha ainda, àquela data, todos os seus elementos constitutivos. Não era verdade, mas, se o fosse, não haveria diferendo no momento da propositura da acção e esta, também de harmonia com a jurisprudência do caso da *Companhia de Electricidade de Sófia e da Bulgária*, não seria, por essa razão, admissível – veja-se a minha intervenção na sessão de 19 de Abril de 2004, pp. 16-17, disponível na Internet em <http://www.icj-cij.org/>.

⁵ No âmbito das excepções, o tema respeitante ao regime da cláusula de jurisdição obrigatória fora, do lado indiano, alegado por Humphrey Waldock e, por Portugal, por Maurice Bourquin. A sexta excepção foi alegada, pelo lado indiano, por Sir Frank Soskice e, do lado português, por Inocêncio Galvão Telles.

Poona, de 1779), entre Portugal e o Império Marata, assim como por dois *sanads* (decretos) deste, de 1783 e 1785, que todos teriam conferido a Portugal soberania sobre Dadrá e Nagar-Aveli, com direito de passagem para estes territórios e entre eles; e, por outro lado, o costume local de trânsito entre Damão e os enclaves, bem como entre estes, que abrangeria o período Marata, o período de soberania britânica (a partir de 1817) e o período de soberania indiana (a partir de 1947), até a ruptura em 1954.

Como títulos gerais, Portugal alegava o costume geral e os princípios gerais de direito referidos no artigo 38 (1) (c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça⁶.

No que toca ao período Marata, o Tribunal reconheceu a validade do Tratado de 1779, mas considerou que nem este, nem os *sanads* de 1783 e 1785, tinham efectuado uma transferência de soberania sobre as aldeias de Dadrá e Nagar-Aveli, mas uma simples concessão, de tipo mais ou menos “feudal”. Segundo o Acórdão, a situação mudou com o advento da soberania britânica, que, tendo encontrado Portugal a exercer plena e exclusiva autoridade nas aldeias, reconheceu essa autoridade como soberania. Subsequentemente, tal soberania foi tacitamente reconhecida pela Índia.

Especificamente quanto à passagem por território indiano o Tribunal concluiu que, *“com respeito a pessoas privadas, funcionários civis e bens em geral existiu durante os períodos britânico e pós-britânico uma prática constante e uniforme permitindo a livre passagem entre Damão e os enclaves. Tendo-se esta prática prolongado por um período que se estendeu por mais de um século e um quarto, não afectada pela mudança de regime a respeito do território intermédio que ocorreu quando a Índia se tornou independente, o Tribunal, em vista de todas as circunstâncias do caso, encontra-se satisfeito quanto a que tal prática era aceite pelas partes como o direito [“as law”, “comme étant de droit”] e deu lugar a um direito e correlativa obrigação.*

*Em consequência, o Tribunal considera que Portugal tinha em 1954 um direito de passagem sobre o território indiano intermédio entre a Damão costeira e os enclaves e entre estes, a respeito de pessoas privadas, funcionários civis e bens em geral na medida necessária, tal como arguido por Portugal, para o exercício da sua soberania sobre os enclaves, e sujeito à regulação e ao controlo da Índia”*⁷.

Foi assim por costume formado, e formado apenas, primeiro pelos comportamentos de Portugal e da Grã-Bretanha, depois pelos de Portugal e da

⁶ Vide, em particular, Petição, pp. 5 e 6.

⁷ I.C.J. Reports 1960, p. 40. Note-se que nenhuma das declarações de voto pôs em causa a legitimidade, em abstracto, da figura do costume bilateral.

Índia, que, no entender do Tribunal Internacional de Justiça, se constituiu o direito de passagem português por território indiano.

Já no que toca a forças armadas, polícia armada, armas e munições, o Tribunal, por oito votos contra sete, entendeu que não se estabeleceu direito de passagem em favor de Portugal com correlativa obrigação da Índia. A prática instituída haveria sido a de que “a passagem só podia ocorrer por permissão das autoridades britânicas”. A situação teria continuado no período pós-britânico⁸.

Quanto ao costume geral invocado por Portugal, o Tribunal considerou desnecessário pronunciar-se, por considerar que o costume local, quanto a civis e mercadorias, e a prática no que toca a forças armadas, sempre prevaleceriam⁹.

5. Após uma simples referência, na petição, Portugal começou, na Memória, e como é próprio desta, de forma leve, a argumentar, na parte de direito, a favor do costume que qualificou como local (para. 50). A Índia reagiu na Contra-Memória. Alegou uma forte presunção contra restrições à soberania territorial (paras. 260 ss.). E arguiu que tal presunção a favor do Estado territorial “só pode ser afastada num caso dado por uma clara e inequívoca prova do seu consentimento específico à particular limitação à qual o seu poder de exercício de soberania se alega encontrar-se sujeito” (para. 279). Nesta base, a Índia sustentou que, no que toca ao invocado costume local, não bastaria mostrar a existência de um mero uso, mas alguma coisa correspondente a um específico acordo das autoridades britânicas que atribuísse a Portugal o direito de passagem (paras. 308 e 340). Na Réplica, Portugal sublinhou a distinção entre costume e convenção e acentuou que as duas fontes não podem ser assimiladas através da afirmação de que o costume requer um “consentimento específico” (para. 358). Na Tréplica, a posição da Índia tornou-se mais precisa. Depois de considerações genéricas sobre o costume, mencionou que o artigo 38 do Estatuto do Tribunal de Justiça se refere ao costume como “uma prática **geral** aceite como direito”. Embora o termo geral não seja sinónimo de universal, exclui-se do âmbito do costume a prática estabelecida apenas nas relações entre dois Estados. Assim, só em virtude de *acordo tácito*, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 38.º do Estatuto, e não em virtude de “costume internacional”, nos termos da al. b) do mesmo n.º 1, é

⁸ *Ibidem*, pp. 40-41.

⁹ *Ibidem*, pp. 41-42. Note-se que a posição do Tribunal, quanto a forças armadas e armas, presupunha que, se existisse um costume geral favorável, a prática local de dependência de autorização valesse também ela como costume, e não como simples ausência de costume local. A alternativa consistiria em que a argumentação do tribunal fosse, neste ponto, falaciosa.

que, no caso, o invocado “costume local”, isto é, a prática de trânsito, poderia ser considerada como fonte de obrigações jurídicas para a Índia. Isto implicaria que Portugal tivesse de demonstrar o “*específico acordo do soberano territorial aos direitos de trânsito reclamados por Portugal*” (paras. 581-585).

Na primeira intervenção oral¹⁰, Galvão Telles observou que o argumento de texto que a Índia procurou extrair do artigo 38 do Estatuto provava demais, porque ficariam excluídos todos os costumes locais ou particulares. Se a Índia admitia que estes pudessem existir, por que razão seria possível costume entre três Estados e não entre dois? Daí se seguiria que Portugal não tinha de provar factos que encarnassem um acordo tácito, mas simplesmente factos que encarnassem uma *opinio necessitatis*. Nessa intervenção de Galvão Telles usa-se, pela primeira vez, a expressão costume bilateral e aquele professor cita Sørensen, que a utilizara (pp. 434 ss.).

Na resposta, Guggenheim afinou a sua ideia, sublinhando que uma regra consuetudinária não se pode referir a uma situação puramente bilateral ou local, que a prática tem aí de ser prescrita por uma regra geral. De outro modo, o costume seria sempre revogável por uma das partes. Na relação bilateral, sem costume geral, só pode haver acordo tácito e esse teria sido o entendimento do Tribunal Permanente de Justiça Internacional no caso relativo às relações entre a *Cidade Livre de Dantzig e a OIT* (p. 705). Na Réplica Galvão Telles salientou que a posição da Índia conduziria a afastar a possibilidade de verdadeiros e próprios costumes locais e a reduzir estes a convenções tácitas (pp. 81 ss.). Na Tréplica, com intervenção na matéria a cargo de Henri Rolin, a Índia insistiu na ideia de acordo tácito, sustentando que uma vinculação bilateral exigirá, ao contrário do que sucede no costume, a intervenção de órgãos com poder para obrigar o Estado.

6. O Artigo 38 (1) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, reproduzindo o preceito paralelo (também artigo 38) do Estatuto do Tribunal Permanente, diz que

O Tribunal, cuja missão é decidir em conformidade com o direito internacional os diferendos que lhe sejam submetidos, aplicará:

(...)

¹⁰ As intervenções orais estão reproduzidas em “Oral arguments concerning the merits and the preliminary objections joined to the merits”, que se encontram também na Internet, em <http://www.icj-cij.org/>. As páginas têm numeração sequencial, a partir de p. 291, para a primeira fase das alegações (vol. IV), e outra numeração, também sequencial, a partir de p. 5, para a segunda fase (vol. V). No texto, prescinde-se da indicação dos volumes.

- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como sendo direito; (...).

Que o costume não tem, pelo menos, de ser universal ficou claro desde o caso do Direito de Asilo¹¹.

Discutia-se se a Colômbia, que concedera asilo diplomático a Haya de la Torre, chefe de uma rebelião militar no Peru e que se refugiara na embaixada daquele Estado em Lima, tinha ou não o direito, como Estado concedente do asilo, de qualificar, de modo unilateral e definitivo, os factos imputados ao exilado. A Colômbia sustentou, além do mais, a existência de um costume jurídico americano: “*um pretenso costume regional ou local, próprio dos Estados da América Latina*”, nas palavras do Tribunal. Este não excluiu a possibilidade, em abstracto, de um tal costume, dizendo antes que “*a Parte que invoca um costume desta natureza deve provar que o mesmo se constituiu de maneira tal que se tornou obrigatória para a outra parte*”¹². E entendeu que isso não ficou provado.

7. Uma coisa será, porém, um costume referente a uma área geográfica, formada por Estados com certas afinidades, outra um costume que abranja apenas um número limitado e determinado de Estados, designadamente dois.

Havia alguns precedentes respeitantes à formação normativa apenas entre dois Estados, alguns dos quais foram trazidos à colação no debate do caso do *Direito de Passagem*. Mas discutia-se, mesmo fora de tal debate, se essa formação normativa resultava de costume ou de convenção tácita.

Uma situação respeitava ao parecer do Tribunal Permanente de Justiça Internacional sobre a *Cidade Livre de Dantzig e a Organização Internacional do Trabalho*¹³. Perguntava-se ao Tribunal se o estatuto jurídico da Cidade Livre de Dantzig era tal que lhe permitisse tornar-se membro da OIT. O Tribunal entendeu que só lhe cabia pronunciar-se sobre os aspectos associados ao estatuto especial da Cidade Livre, não sobre quaisquer outros.

Segundo o Tribunal, o estatuto especial da Cidade Livre compreendia “*dois elementos: uma relação especial com a Sociedade das Nações, por virtude de a Cidade Livre estar colocada sob a protecção da Sociedade e de a sua Constituição ser garantida*”

¹¹ *Caso do Direito de Asilo (Colômbia/Peru)*, I.C.J. Reports 1950, pp. 266 ss., Julgamento de 20 de Novembro de 1950.

¹² P. 276.

¹³ TPJI, *Série B*, n.º 18, Parecer de 26 de Agosto de 1930.

por esta, e uma relação especial com a Polónia, por virtude de a condução das relações exteriores da Cidade estar confiada ao Governo polaco (...)”¹⁴.

“Nenhuma cláusula pormenorizada foi inserida na Convenção de Paris para regular a condução das relações exteriores da Cidade Livre pelo Governo polaco (...). Em consequência, numerosas divergências de opinião quanto às relações exteriores surgiram entre a Polónia e a Cidade Livre, mas **uma prática sobre a qual as duas partes parecem agora estar bem de acordo desenvolveu-se gradualmente** na base das decisões do Alto-Comissário, assim como de acordos e arranjos ulteriores concluídos entre a Polónia e a Cidade Livre sob os auspícios da Sociedade das Nações”¹⁵.

Sørensen pareceu caracterizar a situação como costume bilateral, por virtude da circunstância de o Tribunal acentuar a duração e a continuidade da prática, mas reconhecendo a presença da “*ideia de acordo tácito na base do costume particular*”¹⁶. Schwarzenberg afirmava que o Tribunal Permanente admitiu o costume local, mas apenas na base do consentimento implícito dos Estados envolvidos¹⁷. No processo do *Direito de Passagem*, o caso foi referido por Guggenheim como exemplo de acordo tácito¹⁸, Portugal tomou posição diferente¹⁹. Guggenheim reafirmou a sua posição mais tarde, com crítica a Sørensen²⁰. Mas dois excelentes estudos produzidos na sequência do acórdão sobre o *Direito de Passagem* pronunciaram-se pela natureza consuetudinária da caracterização feita pelo Tribunal Permanente no caso da *Cidade Livre de Dantzig*²¹.

Outra situação – caracterizada também por Sørensen como de costume bilateral²² – é a do parecer do Tribunal Permanente sobre a *Jurisdição da Comissão Europeia do Danúbio*²³. Mas parece ter razão Barberis quando afirma que, no

¹⁴ P. 11.

¹⁵ Pp. 12-13.

¹⁶ *Les Sources du Droit International*, E. Munksgaard, Copenhagen, 1946, p. 104.

¹⁷ *International Law*, 3.ª ed., Stevens and Sons, London, 1957, p. 42. Aliás, o Autor alarga a afirmação ao Tribunal Internacional de Justiça, nos casos do *Direito de Asilo* e dos *Direitos dos nacionais dos E.U.A. em Marrocos*.

¹⁸ Resposta oral, p. 705.

¹⁹ Galvão Telles, Réplica oral, pp. 84-85.

²⁰ “Lokales Gewohnheitsrecht”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI (1961), pp. 330 ss., e *Traité de Droit International Public*, 2.ª ed., I, Librairie Georg, Genève, 1967, p. 109, nota 2.

²¹ G. COHEN-JONATHAN, «La coutume locale», *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, VII (1961), p. 128 (a este respeito muito sumariamente), e JULIO BARBERIS, «La costumbre bilateral en Derecho Internacional Público», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1962-I, pp. 315-316, este com desenvolvimento.

²² *Ibidem*; v. tb. COHEN-JONATHAN, *ibidem*.

²³ TPJI, série B, n.º 14, Parecer de 8 de Dezembro de 1927.

que toca às competências da Comissão e da Roménia, o que o Tribunal fez foi interpretar os artigos 5 e 6 do Estatuto Definitivo do Danúbio, convencionalmente aprovado em Paris em 1921, no sentido de considerar que a remissão, no artigo 6, para as “*mesmas condições que no passado e sem modificação dos seus limites actuais*” não são as condições e limites que se possam inferir das regras de direito, mas as condições e limites que existiam de facto antes da guerra, tendo considerado que o diferendo com a Roménia tinha sido resolvido com base no *status quo* (de facto) anterior à guerra²⁴.

No âmbito já do Tribunal Internacional de Justiça, o *Direito de Passagem* foi, no que ora está em causa, precedido pelo caso respeitante aos *Direitos dos nacionais dos Estados Unidos da América em Marrocos* (França c. E.U.A.)²⁵.

A questão relacionava-se com a jurisdição consular dos E.U.A.. A França entendia que os cidadãos dos E.U.A. apenas mantiveram, na zona francesa de Marrocos, os direitos que resultavam dos artigos 20 e 21 do Tratado de Algeciras, de 1836 (direitos a jurisdição consular nos diferendos *entre* os cidadãos ou “protegidos” dos E.U.A.), uma vez que a cláusula de Nação mais favorecida, prevista no artigo 24, tinha deixado de produzir efeito, por virtude da renúncia do Reino Unido (subsequente já à renúncia da Espanha) ao regime de capitulações. Os E.U.A., pelo contrário, sustentavam um sistema de competência judiciária própria, por efeito, em particular, de costume e uso (*custom and usage, coutume et usage*), quanto a todos os casos em que um cidadão dos E.U.A. fosse réu.

No que toca a este argumento, o Tribunal não excluiu a possibilidade de um costume relevante. Mas referiu o que dissera no caso do Direito de Asilo a propósito do ónus da prova. E considerou que os E.U.A. não provaram a existência do costume. A continuação, depois de 1937, de jurisdição consular, enquanto decorriam negociações com a França, foi interpretada pelo Tribunal como um “*estado de coisas provisório, tacitamente aceite pelas autoridades de Marrocos*” (pp. 200-201)²⁶.

O caso foi mencionado no processo do *Direito de Passagem* e a Índia argumentou que havia mais do que dois Estados que seriam abrangidos pelo pretenso costume²⁷ (quais?).

²⁴ Parecer, p. 22; BARBERIS, *est. cit.*, pp. 311-313.

²⁵ *I.C.J. Reports* 1952, pp. 176 ss., Julgamento de 27 de Agosto de 1952.

²⁶ A decisão encontra-se também referida nos estudos mencionados de Cohen-Jonathan (pp. 123-130) e de Barberis (pp. 318-319).

²⁷ Tréplica, para. 583.

Outro caso – anterior ao Direito de Passagem bem como aos próprios *Direitos dos nacionais dos E.U.A. em Marrocos* – que, por vezes, aparece também referido a propósito de costume local é o *Caso das Pescarias* (Reino Unido c. Noruega)²⁸. Na sequência do regresso, em 1906, de barcos de pesca britânicos às águas próximas da costa norueguesa e de diversos conflitos, a Noruega veio a emitir um decreto (1935) que se referia aos limites da zona de pesca (águas territoriais). O método era de linhas de base rectas e o Tribunal considerou que a Noruega o seguia desde 1869.

O Acórdão sublinhou:

O Tribunal assinala que, a respeito de uma situação que apenas podia ser reforçada pela passagem do tempo, o Governo do Reino Unido se absteve de formular reservas.

A notoriedade dos factos, a tolerância geral da comunidade internacional, a posição da Grã-Bretanha no Mar do Norte, o seu próprio interesse na questão e a sua prolongada abstenção, garantiriam em qualquer caso à Noruega a possibilidade de opor o seu sistema ao Reino Unido.

O Tribunal é, assim, levado a concluir que (...), mesmo antes de ter surgido o diferendo, este método foi consolidado por uma prática constante e suficientemente longa, perante a qual a atitude dos Governos constitui testemunho do facto de que não a considerava ser contrária ao direito internacional²⁹.

8. Mesmo depois da decisão no caso do *Direito de Passagem*, um pequeno número de autores manifestou relutância quanto à aceitação do costume bilateral. Foi o que se passou, para além do próprio Guggenheim³⁰, com, p. ex., com Jean-Pierre Cot³¹, Peter Haggemacher³², Condorelli³³, Cassese³⁴ e, entre nós, Eduardo Correia Baptista³⁵.

De toda a maneira, o reconhecimento da possibilidade de costume bilateral generalizou-se³⁶.

²⁸ *I.C.J. Reports* 1951, p. 116, Julgamento de 18 de Dezembro de 1951.

²⁹ p. 139.

³⁰ “Lokales Gewohnheitsrecht” cit., p. 327, e *Traité* cit., pp. 108 ss..

³¹ Comentário ao Acórdão no *AFDI*, VI, 1960, pp. 315 ss..

³² «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, LXXX (1986), pp. 63-64.

³³ “La Coutume”, in Bedjaoui, *Droit International, Bilan et perspectives*, Pedone, vol. I, Paris, 1991, pp. 218-219.

³⁴ *International Law*, 2.^a ed., OUP, 2005, p. 164.

³⁵ *Direito Internacional Público*, vol. I, Lex, Lisboa, 1998, p. 127 e nota 341.

³⁶ Para além dos várias vezes citados estudos de Cohen-Jonathan e de Barberis, *vide*, p. ex., CHRISTIAN DOMINICÉ, «Coutume bilatérale et droit de passage sur territoire suisse», *Annuaire*

9. Como quer que, noutros aspectos, se caracterize o costume enquanto fonte, e tendo presente que este exige uma prática repetida, o argumento de que um costume internacional não pode ser formado apenas pela prática de um pequeno número ou até apenas de dois Estados e que a sua vinculatividade não pode ser restrita a esses Estados só seria susceptível de se legitimar – fora de razões textuais – a partir da ideia de que as regras internacionais tivessem de ser gerais ou, pelo menos, generalizáveis quanto aos destinatários.

A razão textual seria a do artigo 38, n.º 1, al. b), do Estatuto, que afirma que o Tribunal Internacional de Justiça aplica “o costume internacional como prova de uma prática geral aceite como sendo direito”. Para além, todavia, da questão de saber se o tratado (no caso, o Estatuto do TIJ) poderia fixar o âmbito do costume relevante, a verdade é que, no caso do *Direito de Asilo*, o Tribunal já tinha reconhecido a possibilidade de existência e relevância do costume particular (ainda que de âmbito mais vasto que o costume bilateral). Por outro lado, a natureza do costume exige generalidade quanto ao objecto (impropriamente chamado abstracção), pois tem de haver uma prática repetida e, por isso, por lógica necessidade, hão-de estar envolvidas categorias de actos (estes em

Suisse de Droit International (1961), pp. 71 ss.; ANTHONY D'AMATO, “The concept of special custom in International Law”, *American Journal of International Law (AJIL)*, 63 (1969), pp. 218 ss., e *The Concept of Custom in International Law*, Cornell U.P., Ithaca e London, 1971, pp. 265 ss.; FRANCESCO FRANCINI, “La consuetudine locale nel diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale (RDI)*, LIV (1971), pp. 356 ss.; SKUBISZEWSKY, “Elements of Custom and the Hague Court”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht* (31) 1971, pp. 831-832. Quanto a obras gerais, tenham-se em conta, p. ex., *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed. por Sir Jennings e Sir A. Watts, Longman, vol. I, p. 30; VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed., Duncker u. Humblot, Berlin, 1984, pp. 359-361; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7.ª ed., OUP, 2008, pp.10-11; MALCOM SHAW, *International Law*, 5.ª ed., Camb.U.P., 2003, pp. 87-88; COMBAU e SUR, *Droit International Public*, 8.ª ed., Montchrestien, Paris, 2008, p. 72; DAILLIER, FORTEAU e PELLET, *Droit International Public*, 8.ª ed., Paris, 2009, p. 361; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, 16.ª ed., Madrid, 2007, p. 138. Entre nós, vide JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Principia, Cascais, 2009, p. 47; JOAQUIM SILVA CUNHA e MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Alm., Coimbra, 2004, p. 307; JORGE BACELAR DE GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Alm., Coimbra, 2004, pp. 138-139; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Alm., Coimbra, reimp. 2007, p. 164; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Comentário ao Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2004, edição especial, p. 300; e FAUSTO DE QUADROS, “A participação de Inocência Galvão Telles no caso do *Direito de Passagem por Território Indiano*”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles, 90 anos*, Alm., Coimbra, 2007, p. 398.

número indeterminável), mas já não requer indeterminação dos destinatários. Empiricamente, não se verifica necessariamente que quem pratica o uso tenha a convicção de que terceiros devam ser considerados vinculados, ou que estes se tenham por tal. O problema torna-se de qualificação e o argumento consistiria em que só seria legítimo considerar fonte de direito o uso acompanhado pela convicção de vinculação de uma generalidade indeterminada de pessoas. Isso, porém, apenas poderia ser exigido se a generalidade quanto aos destinatários – a indeterminação destes – constituísse requisito das normas e fontes de direito internacional. Mas como, se uma das fontes principais, por todos reconhecida como tal, é o tratado, que, mesmo o chamado tratado-lei, tem, por definição, destinatários determinados?

O que se disse também mostra que o chamado costume bilateral é, no fundo, uma modalidade de costume que vincula somente um número determinado de Estados (sem que se trate da totalidade destes). O costume entre número determinado de Estados há-de estar associado a situações localizadas e específicas. Chamar-lhe-ei *costume limitado*.

Nada impede que costumes em si mesmos limitados se venham a inserir em costumes mais amplos e, por essa forma, ganhem propensão subjectiva e objectivamente expansiva. No caso do direito de passagem, Portugal alegava precisamente que existia também um costume geral, mas que a relevância do costume local para o caso era independente de se integrar ou não em costume geral. Foi precisamente essa a posição do Tribunal, que, verificada a existência de costume local (bilateral), se dispensou de apurar se existia ou não costume geral.

10. O Tribunal Internacional de Justiça e o seu predecessor nunca dispensaram a *opinio juris vel necessitatis* como requisito do costume enquanto fonte de direito internacional, tendo frequentemente referido expressamente a sua exigência, ora para darem o requisito por não verificado, ora para o darem por preenchido³⁷.

³⁷ No sentido de não o considerar verificado, caso do *Lotus*, Tribunal Permanente, *Série A*, n.º 10, p. 28; *Direito de Asilo*, *I.C.J. Reports* 1950, pp. 276-277; *Direitos dos nacionais dos E.U.A. em Marrocos*, *ibid.* 1952, pp. 199-201; *Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte*, *ibid.* 1969, paras. 74 a 78, pp. 43-45; Parecer sobre a *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, *ibid.* 1996, paras. 64 a 73 (especialmente o último), pp. 253-255; no sentido de considerar o requisito verificado, *Caso Nottebohm* (Mérito), *I.C.J. Reports* 1955, p. 22; caso do *Direito de Passagem* (Mérito), *ibid.* 1960, pp. 39-40; *Caso da Plataforma Continental* (Líbia/Malta), *ibid.* 1985, para. 27, pp. 29-30; caso das *Actividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e contra esta*, *ibid.* 1986, paras. 183 ss., pp. 97 ss.. *Vide*, abrangendo mais ou menos casos conforme as datas de publicação, BARBERIS, «L'opinio

Se não se reconduzir o costume e o seu fundamento substancial à figura do acordo tácito, tem, pelo menos, de haver acordos tácitos a que não correspondam costumes e costumes a que não correspondam acordos tácitos. Entre os primeiros contam-se seguramente os acordos tácitos que não resultam de prática repetida; entre os segundos incluem-se, também pelo menos, os costumes aplicáveis a Estados que não tenham participado na sua formação. Isto implica características no costume ou que não se verificam no acordo tácito ou que apresentam alguma diversidade relativamente àqueles que neste se encontram. Uma diferença está em que o costume exige repetição, o acordo não. A outra diferença é mais difícil de caracterizar e o âmbito do presente texto não permite desenvolvimento. Direi somente que o costume se basta com a convicção de que uma prática *vale* direito ou *corresponde* a direito, sem que a mesma tenha de ser entendida como declaração intencionalmente (ou tida como tal) constitutiva (*latissimo sensu*), segundo o seu significado, de direito³⁸. Isto não significa que, do mesmo passo que se instala uma progressiva inter-

juris comme élément constitutif de la coutume d'après la Cour de la Haye», *RDI*, L (1967), pp. 563 ss., SKUBISZEWSKY, *ob. cit.*, pp. 839 ss., e, p. ex., pela proximidade no tempo, PELLET, *ob. cit.*, 2008, pp. 361 ss.. Os casos vêm igualmente referidos e analisados, p. ex., em PETER HAGENMACHER, «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, LXXXX (1986), pp. 32 ss., e em MENDELSON, “The formation of customary international law”, *Recueil des Cours*, 272 (1998), pp. 250 ss., embora os autores ponham reservas à relevância da *opinio juris*.

³⁸ Não se chegou, na doutrina das convenções internacionais e dos actos jurídicos unilaterais, a alguma coisa de semelhante ao que, na doutrina de certos direitos internos, e designadamente na portuguesa, é a teoria da declaração negocial. Note-se, aliás, que a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados não regula sequer o “erro na declaração”. Uma razão talvez resida no predomínio anglo-francês no campo do direito internacional. Mas o mais surpreendente é a prática ausência de uma análise global, sistemática e aprofundada da figura do acordo tácito. E a jurisprudência refere-se-lhe (veja-se, por último, o Acórdão do TIJ no caso do *Diferendo Territorial e Marítimo entre a Nicarágua e as Honduras no Mar das Caraíbas* (Nicarágua c. Honduras), de 8 de Outubro de 2007, paras. 237-258). O que se diz no texto corresponde ao que julgo ser uma caracterização mínima do comportamento de tipo negocial, transposta para o Direito Internacional. Declaração é tomada em sentido amplo, que abrange as chamadas “actuações de vontade” e “operações jurídicas”. A referência a “intencionalidade” resulta de que, por notável que haja sido o esforço de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA no sentido de afastar a “vontade” do âmbito da doutrina do negócio jurídico (*Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, vol. I, 1992, pp. 70 ss.), se julga que este foi em parte baldado: porque, se do significado da declaração se retirar que os efeitos são, ou são tidos como, pretendidos pelo agente, não há justificação para os mesmos. No que toca à figura do acordo tácito, haverá que tratá-la a partir da noção de *facto concludente* e de uma teoria do significado deste (PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995).

venção institucional na criação consuetudinária do direito internacional³⁹, na formação do costume não haja uma base de tipo consensual⁴⁰, que aquele não corresponda, frequentemente, a um processo de formulação de pretensões e de respostas a estas⁴¹, que podem ser de aquiescência⁴², e que nele não se verifiquem traços de reciprocidade⁴³. Não significa, tão pouco, que, para além do tema do objector persistente, não haja casos – os daquilo a que chamei costume limitado – em que, pela natureza das coisas (costume bilateral) ou por outra razão, se mostre, no entendimento do Tribunal Internacional de Justiça, necessária a participação na formação do costume dos Estados que por ele fiquem vinculados⁴⁴. Significa simplesmente que, mesmo que a intervenção consensual do Estado ocorra, não tem de apresentar a configuração própria de uma declaração intencionalmente (ou tida como tal) constitutiva de direito.

11. A circunstância de a intervenção dos Estados na formação de costumes limitados, e designadamente do costume bilateral, não necessitar de apresentar as características próprias de uma declaração de tipo, digamos, tomando um termo próprio de alguns direitos nacionais, “*negocial*” tácita, evidentemente não impede que, num caso concreto, formação consuetudinária e celebração de acordo tácito se combinem.

Antes de mais, uma norma pode ter simultaneamente origem convencional e consuetudinária. Trata-se do tema do *duplo fundamento*, resolvido pelo menos desde Engisch⁴⁵. Aliás, a possibilidade de a mesma norma ou normas de conteúdo semelhante resultarem simultaneamente de tratado e de costume foi expressamente reconhecida pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso Nicarágua c. E.U.A..

³⁹ Vide a excelente obra de GÉRARD CAHIN, *La Coutume internationale et les Organisations internationales, l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Pédone, Paris, 2001.

⁴⁰ Assinale-se, a este propósito, a frase lapidar de Sir Robert Jennings: “*opinio juris sive necessitatis is indeed the product of consensus, not of consent. This is a principal difference between customary law and treaty law*” – “General Course of International Law”, *Recueil des Cours*, 121 (1967-II), p. 337.

⁴¹ MYRES MCDUGAL, “The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea”, *AJIL*, 49 (1955), pp. 356 ss..

⁴² MAC GIBBON, “Customary International Law and Acquiescence”, *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), pp. 115 ss..

⁴³ BRUNO SIMMA, *Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrecht*, W. Fink Verl., München/Salzburg, 1970, com referência ao caso do *Direito de Passagem* a pp. 20.

⁴⁴ Em especial, PETER HAGGENMACHER, *est. cit.*, pp. 32 ss..

⁴⁵ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª ed., 1964, trad. port. de Baptista Machado, Fund. Cal. Gulbenkian, Lisboa, pp. 49 ss..

A Nicarágua arguiu diversas regras, entre as quais a proibição do uso ou da ameaça do uso da força e da não-intervenção, que teriam sido violados pelos E.U.A.. Invocava, a tal propósito, a Carta das Nações Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção de Montevideo sobre os direitos e deveres dos Estados e a Convenção de Havana de 1928 sobre os direitos e deveres dos Estados em caso de lutas civis. De todas as convenções – multilaterais – eram partes tanto os E.U.A. como a Nicarágua. A Nicarágua invocava ainda as mesmas regras como consuetudinárias.

A declaração de aceitação de jurisdição dos E.U.A. de 1946 incluía uma reserva segundo a qual a jurisdição compulsória do tribunal não abrangia “*disputes arising under a multilateral treaty, unless (1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court ...*”. Os E.U.A. invocaram a reserva, considerando Estados afectados El Salvador, as Honduras e a Costa Rica. Levantou-se a dúvida de saber se a palavra “*affected*” se referia ao tratado ou às partes. Nesse aspecto, o Tribunal considerou que a excepção não tinha mero carácter preliminar e juntou-a ao mérito⁴⁶.

De qualquer modo, o Tribunal entendeu ter jurisdição para decidir na base do costume e por referência ao direito consuetudinário:

O Tribunal não pode rejeitar os pedidos da Nicarágua fundados em princípios de direito internacional consuetudinário e geral simplesmente porque tais princípios foram retomados nos textos de convenções invocadas pela Nicarágua. O facto de os princípios acima mencionados, reconhecidos como tais, terem sido codificados ou incorporados em convenções multilaterais não significa que cessaram de existir e de serem aplicados como princípios de direito consuetudinário, mesmo quanto a países que sejam partes nessas convenções (...). Em consequência, uma vez que o pedido que se encontra perante o Tribunal neste caso não se limita à violação das disposições das convenções multilaterais invocadas, o seu conhecimento não seria em qualquer caso impedido pela reserva quanto a tratados multilaterais constante da declaração dos Estados Unidos de 1946⁴⁷.

Se, assim, nada impede que o mesmo conteúdo normativo provenha simultaneamente de tratado e de costume, cada um sendo suficiente de per si, também nada, em abstracto, obsta a que os mesmos factos representem simultaneamente (pelo menos uma parte deles) formação de costume e acordo tácito,

⁴⁶ O Tribunal acabou por acolher a excepção – *I.C.J. Reports* 1986, pp. 14 ss., Julgamento de 27 de Junho de 1986.

⁴⁷ *Caso das Actividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e contra esta, Competência e Admissibilidade*, *I.C.J. Reports* 1984, Julgamento de 26 de Novembro de 1984, paras. 67 a 76, pp. 421-425; transcrição de passagem do para. 73, pp. 424-425.

sendo subsumíveis tanto na norma sobre a formação consuetudinária como naquela sobre conclusão tácita de acordos. Será uma situação de *concurso ideal* de normas.

12. Não quero com isto dizer que no caso do *Direito de Passagem* se tivesse formado acordo tácito, sem discutir a questão da relevância, para esse efeito, de não terem intervindo, ao menos directamente, órgãos com poderes para vincular os Estados⁴⁸. Falo aqui em abstracto, sobre as relações conceptuais entre costume limitado e tratado tácito.

Devo deixar um testemunho. Relendo, a esta distância, o processo, uma das coisas que mais admirei em Inocêncio Galvão Telles, para lá do rigor intelectual e da clareza, foram o sentido e a frieza tácticas, próprias de um advogado ímpar, que também era. Mostrava-se fácil a tentação de arguir, a título subsidiário, a existência de acordo tácito. O risco de não se conseguir ter sucesso na demonstração era elevado. E reduzia-se a força do ponto de partida. Foi inflexível: há costume, basta. Não é preciso demonstrar mais nada. Limitou-se, por cautela, a dizer que “*se o acordo tácito fosse necessário (mas não é) a sua existência poderia e deveria ser considerada como suficientemente demonstrada pelas provas dos autos e, particularmente, pelos factos que iremos de seguida mencionar*” (mas que referiu ao costume).

«*Le Gouvernement portugais n’a pas à prouver que les faits incarnent un accord tacite, il suffit à sa démonstration qu’ils incarnent l’opinio necessitatis*»⁴⁹. Ponto final.

⁴⁸ Uma das diferenças entre direito convencional e direito consuetudinário apontadas por Barberis reside em os tratados exigirem “*treaty-working power*” (“Le costume bilateral ...” cit., p. 321). O ponto também tinha sido referido por Rolin, nas alegações orais (*supra*, n.º 5). Mas a falta de intervenção desses órgãos pode traduzir-se em mera irregularidade e mesmo um tratado inválido não deixa de ser um tratado. O que se tornará necessário será porventura estabelecer distinção entre tratado inválido e tratado juridicamente inexistente.

⁴⁹ Primeira intervenção oral, p. 438.