



MATRIZ TEÓRICA DA *COMMON LAW* INGLESA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO COSTUMEIRO

Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva (Mestranda em Direito no programa público da UNINTER, na linha de pesquisa Jurisdição na Contemporaneidade. Possui graduação em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau, especialização em direito constitucional pela UNISUL. Atualmente é professora da Fundação Universidade Regional de Blumenau nas disciplinas do núcleo de prática jurídica. Bem como na UNIASSELVI - FAMEBLU nas disciplinas de direito penal, criminologia e prática jurídica).

Contato: cfscarvalho@furb.br

RESUMO

O direito internacional, embora não seja novo, ainda encontra pouca matéria disciplinada por escrito para fundamentar as decisões dos Tribunais à que os Países se submetem por ratificação de tratados. Assim, encontra nos costumes internacionais grande parte das disposições que são aplicadas. O sistema da *common law*, desenvolvido a partir de 1066, é o sistema jurídico no mundo que se utiliza do critério de aplicação de precedentes jurisprudenciais e dos costumes para análise das questões jurídicas suscitadas. Assim, surgiu o questionamento sobre a influência desta matriz de sistema da *common law* na resolução dos conflitos judicializados na esfera do direito internacional.

Palavras-Chaves: *Common Law*. Direito Internacional. Influência.

INTRODUÇÃO

O direito internacional público é aquele que irá solucionar as contendas entre os Estados mundiais. Porém, não existe ainda um Poder Legiferante mundial, e as normas jurídicas são criadas pelos Estados membros primordialmente através de tratados e aplicação de costumes.

No mundo existem duas matrizes teóricas do direito, sendo a *civil law* a mais adotada, onde se aplica aos casos concretos o direito codificado pelo legislador; a *common law*, adotada principalmente pelos países de colonização inglesa, que se baseia na aplicação de precedentes jurisprudenciais e costumes.

Para os países que adotam a matriz da *common law* – em sua maioria países colonizados pela Inglaterra, onde vigora a *Commonwealth* –, onde o direito aplicado é conhecido como



consuetudinário, porque advém da aplicação de precedentes jurisprudenciais e costumes, simples é a inteligência de como surge a aplicação dos costumes como fonte do direito internacional.

Este trabalho surgiu da curiosidade da influência da aplicação desde método secular de justiça, que resistiu a codificação do direito pelo mundo, no direito internacional, que ainda é historicamente recente (nos moldes aplicados hoje) e por isso muito flexível.

No primeiro capítulo se analisou a origem da *common law* inglesa, e há que se ressaltar que o texto se preocupou apenas na análise da *common law* aplicada na Inglaterra, porque existem diferenças substanciais entre os sistemas que aplicam a *common law* nos demais países. Analisou-se sua origem, sua historicidade, suas fontes e como é aplicada hoje na Inglaterra.

Em um segundo momento, analisou-se quais as fontes do direito internacional que estão elencadas no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça - sendo este artigo considerado um paradigma para o direito internacional.

Na terceira parte realizou-se uma observação sobre o modo como o sistema inglês da *common law* influencia a forma de aplicação do direito internacional, e como essa tradição milenar pode ser utilizada pelos internacionalistas para auxiliar na criação e aplicação deste ramo do direito tão moderno e necessário para as relações entre os Estados.

Para este artigo utilizou-se a pesquisa bibliográfica com ênfase no método indutivo.

1 COMO E ONDE É CONFIGURADA A COMMON LAW

A matriz jurídica da *common law* é, mais que um sistema jurídico, uma verdadeira tradição jurídica (ABBOUD, CARNIO, & OLIVEIRA, 2014); baseia-se na aplicação de precedentes jurisprudenciais, costumes e regras entranhados historicamente na sociedade garantindo uma segurança e estabilidade ao sistema como um todo.

Hoje, é adotado como sistema jurídico nos países de colonização e dominação inglesa, como Estados Unidos da América (exceto a Louisiana) e o Canadá (exceto Quebec).

Necessário fazer-se, preliminarmente, um esclarecimento, não é mais cabível igualar *common law* com o sistema inglês, uma vez que cada país que se desvinculou da dominação inglesa foi modificando seu sistema para se adequar à sua realidade histórico-cultural-geográfica. René David alerta que apenas a Inglaterra e o País de Gales seguem o modelo inglês vigente (DAVID, 1986, p. 281). Porém, sem dúvida nenhuma e indiscutivelmente, a Inglaterra é o berço da *commow law*.



1.1 BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO DA COMMON LAW

Todos os sistemas jurídicos derivam e foram influenciados pelo direito romano, em maior ou em menor grau, até mesmo a common law foi influenciada, de uma maneira mais singela, por ele. (ABBOUD, CARNIO, & OLIVEIRA, 2014)

O desenvolvimento da *common law* até o que se conhece hoje é dividido em quatro períodos históricos. (DAVID, 1986)

No primeiro período as terras inglesas eram habitadas, em sua maioria, por três povos - os anglos, os saxões e os jutos; é o anterior à dominação normanda – em 1066 -, onde cada reino tinha seu próprio sistema de aplicação do direito, baseados nos costumes locais.

O período seguinte vai de 1066 até 1485 com a dinastia dos Tudors; é aqui que o sistema começa a se desenvolver, como meio de ter um sistema único para toda a Inglaterra que suplantasse os direitos locais. (DAVID, 1986)

Os autores tradicionais¹ colocam como marco inicial do sistema da *common law* a conquista normanda sobre a Inglaterra em 1066, porém, deve-se ter em mente que o sistema começa a se formar a partir desta data e não que nesta data ele foi implementado pronto e acabado.

Em 1066, Guilherme “o Conquistador”, Duque da Normandia, invade a Inglaterra e reivindica o título de monarca. Para assegurar seu reinado, o novo Rei despeja as famílias anglo-saxônicas e nomeia os seus seguidores como nobres e donos das terras. Foi um período muito sangrento, em que a Inglaterra sofreu com as guerras e com a fome.

O terceiro período vai de 1485 a 1832, é quando o sistema vigente à época por ser muito restrito e quase intangível começa a ser ameaçado a ser substituído pela que se denominou de *equity*. Era um sistema de aplicação de justiça que, diferente da *common law*, conseguia escapar do formalismo exagerado e possibilitava o alcance a decisões judiciais mais efetivas. (DAVID, 1997)

O último período é o que perdura até os dias atuais é o sistema moderno, com a junção da *common law* e da *equity* em um único sistema, onde com base nos precedentes, nos costumes e nas leis, há que se manter a segurança jurídica e também adequar o judiciário para os casos novos decorrentes da globalização e da tecnologia. (DAVID, 1986)

Desta forma, pode-se afirmar que a *common law* é a matriz jurídica que surgiu na Inglaterra, a partir de 1066, após a invasão pela Normandia, com o objetivo de criar um “direito comum”, em contraposição aos direitos locais, que unisse o País e assegure-se o poder do monarca sobre o território conquistado.

¹ O autor René David considera como marco inicial da *common law* a invasão normanda, conforme se depreende de seu livro Os grandes sistemas do direito contemporâneo. (DAVID, 1986)



É com as instalações dos Tribunais Reais de Justiça – conhecidos como Tribunais de Westminster por causa do local onde se estabeleceram - que irá se substituir os *County Court* ou *Hundred Court*, que eram as assembleias em que se aplicavam o direito local. (DAVID, 1986)

O sistema da *common law* aplicava o direito. Porém, era um sistema que se preocupava muito mais com as peculiaridades processuais do que com o direito material – o bem da vida – discutido em juízo. O sistema se apegava muito aos formalismos jurídicos, não raro eram os casos em que a parte não alcançava o direito de ter seu caso examinado por um júri. Ademais, o sistema possuía muitas limitações em relação as consequências aplicadas ao perdedor dos julgamentos.

Por causa disso, não era incomum as partes não conseguirem alcançar um julgamento através das regras da *common law*, servindo-se então de uma petição para dirigir-se ao Monarca, que era a fonte inesgotável de justiça na Terra. A ele, Rei, era permitido, em alguns casos, decidir com base na sua consciência e na equidade. Contudo, até a Guerra das Duas Rosas² essas petições eram raramente apresentadas e julgadas. (DAVID, 1997)

Com o aumento das petições, essas passaram a ser julgadas por um Chanceler – alto funcionário da Coroa que agia em nome dela. Por causa desse grande número de julgamentos, o Chanceler, ao invés de buscar a equidade de cada caso em concreto, acaba por criar “regras de equidade”. Assim, embora o procedimento fosse diverso, ambos os modelos vigentes se baseavam em regras precedentes para julgar. (DAVID, 1997)

Ocorre que as relações entre essas estruturas dualistas não eram harmônicas. A *equity* era uma necessidade do sistema para suprir o que o engessado sistema da *common law* não conseguia abarcar. Depois de um período até mesmo violento, em 1616, o Rei Jaime I, pronuncia-se em favor da continuidade da Chancelaria, que não pode ter aumentada sua competência e que passa a decidir com base em seus precedentes, e submeter-se ao controle da Casa dos Lordes. (DAVID, 1986)

René David afirma que “ a *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante do mesmo”. (DAVID, 1986, p. 298)

Com a Revolução Francesa, os clamores populares, exigiram a modificação da estrutura judicial, para retirar-la dos monarcas – os magistrados eram dominados pelos monarcas que exerciam o poder absoluto. Assim, transferiu-se para o Parlamento, que representaria os anseios da população, a titularidade de confecção das normas jurídicas e, por consequência, do direito que deveria ser aplicado. Isso para que houvesse um

² Luta entre as famílias York e Lancaster sobre os direitos sucessórios pelo trono da Inglaterra, assim chamada porque os brasões das famílias eram decorados, o da família York com a rosa branca e o da família Lancaster com uma rosa vermelha.



controle do órgão jurisdicional que deveria apenas aplicar a letra da lei, assim, tolhendo a discricionariedade de qualquer magistrado.

A Inglaterra não sofreu drasticamente a influência desta mudança de paradigma por vários fatores que contribuíram para sua não aplicação; A *civil law*, como aplicação do direito escrito e codificado, surge após a revolução francesa como resposta ao povo sobre o falido e corrupto sistema jurídico francês que era muito ligado e obediente ao rei. A Inglaterra, a pouco tempo já tinha enfrentado sua própria revolução³, combatendo o absolutismo monárquico, não precisando valer-se desta mudança de sistema jurídico.

Também contribuiu o seu aspecto geográfico para que não tenha sido influenciado, vez que é uma ilha.

Em 1873-1875, o *Judicate Acts*, suprime a distinção entre as duas espécies de aplicação do direito, e assim, ambos os tribunais podem aplicar regras de *common law* e de *equity* – até esse momento, era necessário se adentrar junto ao Tribunal correto para que se conseguisse uma decisão esperada. (Sistema Legal Inglês, 1964)

Após uma análise breve sobre o histórico da *common law*, para se entender como ela se formou e como pode se sustentar como um sistema tão arraigado na tradição, passar-se-á a uma análise de como ela se aplica hoje na Inglaterra.

1.2 SISTEMA JURÍDICO DE APLICAÇÃO DA COMMON LAW NA INGLATERRA

Para que entenda as fontes do direito na *common law* é necessário que se compreenda como se dá a distribuição dos órgãos do Poder Judiciário.

Os Tribunais Superiores compõem o *Supreme Court of Judicature*.

O *Hight Court of Justice* é formado pelo Banco da Rainha, Seção da Chancelaria, e a Seção da Família, a divisão é meramente por conveniência e para permitir que determinados juízes especializados e algumas regras excepcionais para alguns tipos de processos. (DAVID, 1986)

O Crown Court é competente para processos criminais, e a Court of Appeal que é uma espécie de segundo grau para os outros dois. (DAVID, 1997)

Das decisões do Crown Court cabem, em alguns casos excepcionais, recurso para a Câmara dos Lordes. (DAVID, 1986)

A Comissão Judiciária do Conselho Privado conhece de recursos interposto contra decisões de Tribunais dos territórios britânicos além mar. (DAVID, 1986)

³ Revolução gloriosa, em 1688.



E os tribunais de jurisdição inferiores que são aqueles onde efetivamente se aplica o direito.

Por fim, há que se ressaltar que o Poder Judiciário não conhece uma figura equivalente ao do Ministério Público na Inglaterra, isso porque entende que não haveria uma equiparação nas armas entre as partes, e que não é possível uma intromissão do poder executivo na distribuição da Justiça. (DAVID, 1986)

1.3 FONTES DA COMMON LAW INGLESA

É um comum afirmar-se que a *common law* é um sistema baseado primordialmente nos costumes, tanto que o sistema inglês é reconhecido como um sistema costumeiro. Todavia este é um sistema que se baseia mais nos precedentes jurisprudenciais do que propriamente nos costumes.

O costume é relevante para a vida Inglesa, e também para o direito. Contudo, ele é utilizado para a manutenção de algumas regras convencionais tradicionalíssimas. São regras de convivência que não são disciplinadas pelo direito. Entretanto, para ser utilizado o costume como algo que produza efeitos no campo jurídico é preciso que ele seja determinado como costume imemorial⁴.

E mais, no instante que os costumes foram incorporados pelo sistema jurídico, passam a integrar aos precedentes jurisprudenciais e por isso são vinculantes nas decisões judiciais.

Então, tem-se os precedentes jurisprudenciais como a fonte primeira do sistema jurídico *common law* inglês.

Os precedentes foram construídos com o passar dos anos, a partir dos Tribunais de Westminster; eles é que criam realmente o direito aplicado pelas Cortes.

Ocorre que os precedentes são formulados apenas das decisões tomadas pelos Tribunais Superiores, que são aqueles que se debruçam sobre os problemas formando razões de decidir que serão vinculantes para as Cortes inferiores.

René David sintetiza com maestria a regra dos precedentes:

1^o - As decisões tomadas pelas Câmaras dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2^o - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo

⁴ “uma regra de common law, baseada em uma lei do ano de 1265, precisou que o costume imemorial era o que existia em 1189. A prova de tal antiguidade não é hoje, de fato, exigida, mas o costume não será considerado juridicamente obrigatório, na Inglaterra, sese provar que não podia existir já em 1189.” (DAVID, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, 1986, p. 348)



em matéria criminal, para o próprios *Court of Appeal*; 3º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprios *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. (DAVID, 1986, p. 341)

É um sistema que tem como base as decisões dos Tribunais que se tornam precedentes, assim, tem como fundamento a continuidade de pensamento, sendo que até 1966 não se podia modificar os precedentes das decisões da *House of Lords*. Nesta data o Lorde Chanceler autoriza que a Casa possa se afastar dos precedentes desde que seja justificado pelo interesse da justiça. O direito por ser dinâmico também acompanha a evolução da sociedade, mesmo que seja baseado nos precedentes, porém, é necessário esse respeito para que seja assegurado a continuidade e a segurança jurídica. (DAVID, 1986)

Embora não seja uma obrigatoriedade a exposição dos motivos do porquê o julgador decidiu daquela maneira, os magistrados ingleses primam por apresentar suas razões de decidir, deixando claro a *ratio decidendi*. Essa razão exposta é que se incorpora ao direito, tornando-se a linha a ser seguida nos casos em que se possa usar a mesma razão para decidir. (DAVID, 1986)

A Inglaterra é fiel a esse sistema de precedentes dos Tribunais porque entende que eles foram importantes para que fosse alcançado diversos direitos fundamentais. (DAVID, 1986)

Uma característica interessante desde sistema da *common law* inglesa é a concentração dos Tribunais e das Cortes em Londres, o que facilitaria a preservação desde sistema da *common law*.

O direito inglês também se utiliza de lei para organizar seu ordenamento jurídico. As leis, a princípio, ou pela teoria clássica, eram entendidas apenas como um meio de trazer adendos ou algum ajuste aos princípios seguidos pelos precedentes jurisprudenciais. Isso porque, lá ainda se tem a cultura que o direito é produzido pelo Poder Judiciário, órgão autônomo, e não pode ser subordinado as normas criadas pelo Parlamento. (DAVID, 1997)

No entanto, essa realidade vem sendo modificada aos poucos, principalmente com alguns avanços sociais. Mas, mesmo essas leis, para serem aplicadas ainda enfrentam alguma resistência.

Não quer se dizer que as leis não serão aplicadas, elas serão aplicadas pelos juízes ao caso concreto, mas só serão entendidas como incorporadas ao ordenamento jurídico após serem transformadas em precedentes jurisprudenciais e a partir daí serão aplicados os precedentes e não mais a lei. Isso se dá pela própria tradição da *common law*, porque os juristas assim estão acostumados, e acima de tudo, porque este é o modo que se está acostumado à aplicar o direito na *common law*. (DAVID, 1986)

A doutrina, por sua vez, tem pouco viabilidade no sistema da *common law*, vez que os ensinamentos se dão através de análise de casos.



2 DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO NO DIREITO PÚBLICO E AS DEMAIS FONTES DO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O Direito Internacional Público é o ramo do direito que se preocupa em regular as relações jurídicas internacionais entre os países soberanos. Porém, diferente dos outros ramos do direito que analisam as relações jurídicas internas - que ocorrem dentro desta soberania dos Estados, e por isso seguem o processo legislativo interno - no direito internacional não existe um poder legiferante mundial, e isso resulta em um problema de fontes do direito.

O sistema legal internacional é um sistema horizontal, onde todos os países possuem o mesmo poder – pelo menos em tese – de produzir as fontes do direito. A dificuldade encontrada pelos estudiosos e aplicadores do direito são a determinação destas fontes, que vem sendo criadas, adaptadas e modificadas lentamente com o passar do tempo.

O costume internacional foi a fonte mais utilizada por muito tempo, porém, hoje já se vislumbra uma maior codificação do direito internacional com os tratados.

Para tentar clarear quais são as fontes do direito internacional pode-se utilizar o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
 - a) as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
 - c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
2. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes. (Estatuto Da Corte Internacional de Justiça, 1945)

Não existe qualquer hierarquia entre as fontes do direito, embora os tratados constem no Estatuto como a alínea “a” ele não terá prevalência de aplicação em relação aos costumes, por exemplo. Será avaliado qual fonte deve ser aplicada ao caso. “Por exemplo, se uma norma é considerada *jus cogens*, ela deve ser aplicada antes de qualquer outra, não importando se é costume ou tratado.” (JO, 2000)

Entende-se que os tratados e os costumes são as fontes primárias do direito internacional, e que os princípios, as decisões judiciais, e as doutrinas são fontes secundárias.



2.1 TRATADOS

Os tratados são a primeira fonte de direito internacional elencada no Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Eles possuem diversas nomenclaturas, como tratados, convenções, acordos. Alguns doutrinadores, como Hee Moon Jo, em seu *Introdução ao Direito Internacional* de 2000, entendem que pelo nome que se dê ao tratado já se estará estipulando qual será seu conteúdo. Porém, não existe nenhuma regra disciplinando essa questão.

Por causa da influência da cultura jurídica dos países que alguns autores pertencem, eles divergem sobre o tratamento dos tratados como fonte. Alguns autores ingleses entendem que ele é apenas fonte de obrigações e não de direito. (TRINDADE, 2002)

Os tratados internacionais, sua forma de confecção, publicidade, validade, era regida pelos costumes internacionais. Em 1969, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve por objetivo regular a celebração, aplicação, e extinção dos tratados. Porém, tem-se que fazer algumas ressalvas em relação à sua aplicação. A Convenção só pode ser aplicada para os tratados posteriores a ela e para aqueles Países que são delas signatários. (BRASIL, 2009)

A Convenção de Viena define tratado no seu artigo 2 como sendo “um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (BRASIL, 2009)

O tratado internacional então é um acordo celebrado entre países internacionais – dois ou mais – que os vincula com direitos e obrigações recíprocas. E embora a Convenção mencione a forma escrita, ainda hoje é admitido, mesmo que raramente, os tratados verbais.

O processo de conclusão e entrada em vigor dos tratados também está previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A adoção do texto está prevista no artigo 9, e a autenticação no artigo 10; o consentimento em obrigar-se e a notificação da decisão está previsto no artigo 11, enquanto a entrada em vigor do tratado está prevista no artigo 24 e o registro e a publicação no artigo 80. (BRASIL, 2009)

Os tratados bilaterais são os aqueles realizados entre dois Estados, já os multilaterais são os realizados entre três ou mais Estados. No caso dos tratados serem multilaterais, uma das partes pode querer participar da maior parte do disposto, mas excetuar alguma cláusula específica. Nessa situação, se compatível com o objeto do tratado, o Estado pode fazer uso da reserva.

A reserva é a possibilidade do Estado participar da maior parte do tratado, e excetuar sua concordância sobre alguma cláusula específica. Entretanto, essa reserva não pode ferir o objetivo do tratado por causa da limitação por princípio; também existe a possibilidade do próprio tratado prever essa impossibilidade de se solicitar a reserva. (TRINDADE, 2002)



É indiscutível que a segurança jurídica proporcionada por um tratado é muito grande, porque a prova é de fácil concretude, diferente dos costumes internacionais.

Em contraponto aos tratados internacionais onde, necessariamente, será realizado entre dois ou mais Estados, existem os atos unilaterais.

Esses atos unilaterais são a manifestação de vontade de um determinado Estado, criando direitos ou obrigações para o Estado subscritor. Embora não estejam elencados no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como fonte de direito, o são. São exemplos de atos unilaterais a notificação, o protesto, a renúncia.

2.2 COSTUME INTERNACIONAL

O direito internacional foi sendo desenvolvido com base nos costumes entre os Estados. Tanto o direito internacional privado quanto o público existem desde antes dos tratados internacionais como os conhecemos hoje em dia.

Existe hoje uma tendência em codificar os costumes, transformando-os em tratados internacionais, porque como os costumes são práticas reiteradas são flexíveis e algumas vezes acabam se tornando conflituosos e difíceis de serem provados no decorrer da contenda. Contudo, as relações ainda hoje se baseiam, em grande parte, em costumes, práticas reiteradas que são consideradas de obediência obrigatória, sendo de extrema importância para o direito internacional.

A prova do costume também pode ser de difícil constatação, sendo da incumbência daquele que o alegar a seu favor. Para isso a parte interessada deve demonstrar a repetição constante e uniforme da prática⁵.

As Cortes Internacionais têm entendido que é mais importante a continuidade e uniformidade da reiteração da ação pelos países interessados do que propriamente o tempo desde que a prática começou. (JO, 2000)

O costume é entendido como constituído por uma parte objetiva, que é a prática internacional, e a parte subjetiva, chamada de *opinio iuris sive necessitates*⁶, que é a

⁵ Brownlie enumera diversas fontes de provas dos costumes, entre elas “a correspondência diplomática, as declarações políticas externas, os comunicados de imprensa, os pareceres de consultores jurídicos oficiais, os manuais oficiais sobre questões jurídicas[...]” (1997, p.17)

⁶ Pode-se comprovar a exigência da demonstração do elemento subjetivo da decisão proferida no caso da plataforma continental do mar do Norte de 1969, extraída do livro de Souza (SOUZA, 2001, p. 14) “[...] não apenas os atos respectivos devem refletir uma prática estabelecida, mas eles devem ser tais, ou praticados de tal forma, que evidenciem uma crença de que esta prática é considerada obrigatória pela existência de uma norma jurídica que a demanda. A necessidade de tal crença, ou seja, a existência de um elemento subjetivo, acha-se implícita no próprio conceito de *opinio iuris sive necessitates*.”

certeza de que aquela prática é um direito, é o elemento psicológico do direito internacional consuetudinário.

Os seja, para que uma prática seja reconhecida como um costume internacional, deve ser reiterada uniformemente e entendida como norma de direito internacional obrigatória.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Existem situações que não estarão previstas nos tratados internacionais e tampouco poderão ser resolvidas com base nos costumes. No direito internacional, tal qual no direito interno, não pode haver a possibilidade de uma questão levada à uma Corte fique sem resposta por falta de previsão no ordenamento jurídico. Por isso, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça previu no artigo 38, em sua alínea “c”, a possibilidade de utilização dos princípios para o preenchimento destas lacunas.

O professor Cançado Trindade (2002, p. 48) escreve sobre as dúvidas que ainda circundam o que sejam esses princípios gerais afirmando que “para uns, a expressão diria respeito aos princípios de direito internacional propriamente dito, enquanto para outros aos princípios dos direitos internos do diversos Estados; para uns seriam princípios de direito natural, enquanto outros se opõe a tal posição.”

O Estatuto dispõe que esses princípios são os reconhecidos pelos países civilizados, ocorre que praticamente todos os países do mundo já estão civilizados. Uma dificuldade que se encontra para a determinação de que princípios são esses é a impossibilidade de se utilizar de forma generalizada os princípios internos dos países por conta da sociedade heterogênea, onde existem países capitalistas, ateus, socialistas, mulçumanos, etc. (JO, 2000)

Assim, esses princípios reconhecidos como universais tem a necessidade de se coadunar com todos os ordenamentos internos.

Existe a possibilidade de se aplicar alguns princípios apenas para um determinado bloco de países que possuem as mesmas características, são chamados de princípios regionais, como, por exemplo, aqueles que podem ser aplicados para os países do Mercosul, ou da União Europeia.

Akehrts (citado por TRINDADE, 2002) afirma que poderia se resolver grande parte dos problemas dos princípios gerais, se, ao se examinar o caso concreto, se aplicasse a ele os princípios reconhecidos pelas partes litigantes, sem necessidade destes serem reconhecidos em qualquer outro país.



A maior parte dos princípios acaba sendo identificada através das decisões da Corte Internacional de Justiça, porque a mesma tem sua composição bastante heterogênea, buscando representar todas as culturas. (TRINDADE, 2002)

Não existe ainda um rol dos princípios gerais do direito internacional, alguns autores os tentam extrair de decisões das cortes.

Uma dificuldade que se encontra é em se conseguir distinguir um princípio geral do direito internacional do costume, e por isso, na prática, os juízes acabam por aplicar os costumes.

2.4 DECISÕES JUDICIAIS

As decisões judiciais também estão previstas no rol das fontes do direito internacional.

Aqui tem-se que entender o termo em seu sentido mais *lato*, abrangendo as decisões das Cortes internacionais, como as arbitrais, as decisões consultivas e até mesmo as decisões judiciais do direito interno. (JO, 2000)

Não existe o caráter obrigatório das decisões, nem ao menos para as decisões futuras daquela corte que decidiu o caso concreto, apenas obriga as partes que estão litigando, conforme o disposto no artigo 39 do Estatuto da Corte.

Outro ponto importante a ser destacado é que as Cortes internacionais não têm superioridade entre elas, sendo todas consideradas de igual importância, assim, qualquer decisão de qualquer Corte pode ser adotada como consideração de decisão. (JO, 2000)

Embora não exista esse caráter de precedente obrigatório as Cortes acabam por utilizar as razões de decidir ou fundamentam o porquê deixou de segui-lo para que não seja alegada a parcialidade das decisões.

O Professor Hee Moon Jo (2002, p. 139) alerta que a proliferação de Tribunais Internacionais – Tribunal de Direitos Humanos, Criminais, do Mar, etc. – poderá causar decisões contraditórias pela falta de uma Corte Superior que regulamentaria as decisões proferidas e serviria de base para todas as Cortes inferiores.

Outrossim, mesmo as decisões do direito interno podem servir como orientador para a aplicação de um direito internacional. Neste caso, o juiz que aplicar o direito ao caso concreto deve se precaver de aplicar uma norma que tenha cunho internacional, sob pena de aplicar no âmbito internacional normas de caráter interno.

2.5 DOUTRINA

A doutrina reconhecida como fonte secundária do direito pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça é aquela advinda dos esforços e escritos dos maiores juristas internacionalistas de cada Estado. (TRINDADE, 2002)

A doutrina, no início do direito internacional era mais utilizada como base para fundamentar as decisões, com o evoluir dos Tratados e dos costumes internacionais ela foi sendo relegada.

Até mesmo porque, a doutrina carece do assentimento dos Estados. Diferentemente dos costumes comprados e dos Tratados, a doutrina não possui a concordância dos Estados sobre o seu conteúdo. (BROWNLIE, 1997)

Por isso, as decisões das Cortes acabam sendo baseadas como razão de decidir primordialmente nas fontes primárias do direito internacional.

Contudo, os tribunais arbitrais, a *contrario sensu*, ainda recorrem constantemente as doutrinas em suas decisões.

Além disso, a doutrina serve para que os Estados consigam fazer um esboço elucidativo da matéria que pretende ver discutida. (BROWNLIE, 1997)

As doutrinas também, não raro, refletem o entendimento sobre o direito internacional de um determinado país. Impossível fugir de representar nos seus escritos o entendimento do Estado a que pertence o autor.

3.6 EX AEQUO ET BONO (EQUIDADE)

A equidade é bastante criticada como fonte do direito. Sendo que seu significado é diverso daquele utilizado pelo sistema da *common law*, aqui é a aplicação da justiça pura.

O Estatuto apenas reconhece a possibilidade de sua aplicação se as partes concordarem. Assim, os julgadores acabam por aplicar os tratados ou os costumes juntamente com a alegação da equidade para fundamentar seus posicionamentos.

Cada vez menos existe a necessidade da aplicação da equidade para que seja viável a concretização de um julgamento, porque as fontes do direito, em especial os tratados, ficam mais abrangentes.



3 INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO

A matriz jurídica mundial é composta primordialmente de dois sistemas de aplicação do direito: A *common law* e a *civil law*.

A matriz da *common law*, sistema tradicional de aplicação do direito do sistema *Commonwealth*, se baseia na aplicação de precedentes jurisprudenciais, costumes e tradição.

Embora desde 1265⁷ tenha deixado de, explicitamente, ter seu direito baseado nos costumes, passando a utilizar a técnica dos precedentes jurisprudenciais como base de seu ordenamento jurídico, é uma sociedade que tem seu cerne baseado nos costumes e tradições seculares, por isso até hoje é nomeado de direito consuetudinário, ou seja, aquele baseado nos costumes.

Para este sistema o direito é criado pelo sistema judiciário, que é o único que tem competência para a aplicação do mesmo, sendo quase inconcebível que o Parlamento ou o Monarca edite as normas jurídicas.

Difere-se do segundo sistema, *civil law*, que se baseia na codificação do direito e na aplicação das leis ao caso concreto. Leis estas que são criadas pelo Poder Legislativo. Há uma divisão formal na criação e aplicação do direito, entendendo-se que o Poder Legislativo é o competente para a criação das normas e o Poder Judiciário o competente para a aplicação das normas, não se admitindo a criação das normas pelo aplicador do direito.

Já o Direito internacional, esse sistema novo, mutante e flexível, por não possuir um poder legislativo único, reconhece, segundo o artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, nos tratados entre os Estados e nos costumes sua fonte primária de normas jurídicas. Deixando às decisões judiciais e à doutrina um papel secundário e ainda autorizando o uso da equidade para a fundamentação da decisão prolatada.

Os costumes para serem considerados como fonte de direito internacional devem preencher alguns requisitos objetivos e subjetivos. O requisito objetivo é a prática reiterada, constante e uniforme. Nota-se que, segundo a doutrina cita da análise das decisões internacionais, a prática uniforme se comprova quando um Estado repete a conduta sempre que presente uma situação similar, e as Cortes levam isso como razão de decidir, mesmo que a prática reiterada tenha se dado por um curto espaço de tempo.

Também é necessária a comprovação do elemento subjetivo, sendo este entendido como a vontade do Estado - *opinio iuris sive necessitates* – que é a demonstração de que a prática é dita pelo Estado como obrigatória.

⁷ DAVID, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, 1986.



O sistema jurídico da *common law* é, até hoje, conhecido como consuetudinário porque se baseava nos costumes até 1265, e para comprová-los era necessária a demonstração da crença de que aquela prática era obrigatória e a reiteração das condutas por tempo juridicamente relevante.

Vislumbra-se aqui a primeira influência do sistema da *common law* no direito internacional, os requisitos de aplicação dos costumes no direito internacional remetem aos mesmos requisitos de aplicação do direito consuetudinário inglês.

Outra influência que pode ser retirada da análise conjunta dos sistemas da *common law* e do direito internacional público, é que com a aplicação dos costumes e com a falta do poder legislativo, o direito acaba por ser ditado pelos aplicadores do direito, cabendo ao aplicador do direito determinar qual o direito vigente através da comprovação dos costumes internacionais.

Contudo, a influência da *common law*, com seu sistema secular, é ainda maior do que isso, ela influencia a forma de operar o direito internacional.

Aquele que se aventura em trabalhar com direito internacional público não pode se restringir como um aplicador do direito acostumado com a matriz da *civil law*, porque lhe faltará subsídios para conseguir construir e aplicar o direito nesta forma de matriz.

Para o internacionalista que desejar aplicar apenas a letra fria da lei – tratados - nos casos de conflito, pode ser impossível o preenchimento da lacuna que irá se formar. Nem todas as questões conflituosas conseguem ser previstas e resolvidas por tratados bilaterais ou multilaterais antecipadamente, sendo necessária a busca da solução em outras fontes do direito que o sistema inglês leva como razão de decidir.

A matriz da *common law* influencia o modo de pensar do internacionalista, demonstrando que por séculos foi possível existir um direito positivado não escrito, não necessitando de codificações estéreis para se possibilitar a aplicação da justiça interna e agora, tão pouco, para aplicar a justiça internacional.

CONCLUSÃO

A *common law*, modelo de aplicação do direito dos países da *commonwealth*, em especial o aplicado na Inglaterra, tem como marco a data de 1066, com a invasão pelos Normandos que, no intuito de subjugar seus perdedores e dominar o território recém dominado, acabam por criar uma lei comum (*common law*) que deveria ser respeitada por



todos, em contraponto com as leis tribais de cada parte do território. Os Tribunais ficaram centralizados e ficaram conhecidos como Tribunais de Westminster.

As decisões deste modelo de sistema jurídico se baseavam à época na oralidade e nos costumes.

O direito internacional público é o ramo do direito que disciplina as relações internacionais entre os Estados soberanos. As normas jurídicas são construídas com a participação dos Estados mundiais em virtude da inexistência de um órgão superior que possa legislar.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz, em seu artigo 38 quais são consideradas as fontes do direito internacional: tratados e costumes como fontes primárias; doutrinas, decisões judiciais e princípios como fontes secundárias, e, por fim, a equidade.

Os internacionalistas entendem que, embora haja uma ordem de disposição no artigo 38, não existe uma ordem de submissão entre as normas, sendo então, tanto o tratado como os costumes internacionais as fontes primeiras para a busca da resolução de conflitos internacionais.

O presente trabalho teve o objetivo de demonstrar como a tradição da *common law*, aplicada especialmente na Inglaterra, pode influenciar e, entende-se que influencia, a forma de aplicação do direito internacional.

O sistema do direito internacional construiu o entendimento de quais os requisitos para que se possibilite a aplicação do costume como fonte do direito, e para isso, trouxe como requisito objetivo a uniformidade, continuidade e reiteração da conduta pelo Estado, e como requisito subjetivo o entendimento da prática como obrigatória pelo Estado.

Nota-se que esses também são os requisitos para a aplicação dos costumes na *common law*, porém, agora, para essa última, é necessário a prova da época do conflito, fator que o direito internacional não considera de relevância.

Mesmo com esta pequena diferenciação, pode-se observar a grande contribuição do sistema da *common law* na maneira de aplicar o direito ao caso concreto, na maneira de construir o pensamento e a argumentação, não fazendo necessário o uso de codificação ou de tratados, encontrando no próprio costume, na prática reiterada considerada obrigatória a força coercitiva para a aplicação do direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G., CARNIO, H. G., & OLIVEIRA, R. T. (2014). **Introdução à teoria e à filosofia do direito** (2a ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BRASIL. (2009). **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Fonte: planalto : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 17. jul. 2017

BROWNLIE, I. (1997). **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

DAVID, R. (1986). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. (H. A. Carvalho, Trad.) São Paulo: Martins Forense.

DAVID, R. (1997). **O direito Inglês**. (E. Brandão, Trad.) São Paulo: Martins Forense.

Estatuto Da Corte Internacional de Justiça. (1945). São Francisco. Acesso em 09 de jul de 2017, disponível em www.direitoshumanos.usp.br

JO, H. M. (2000). **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr Editora LDTA.

SOUZA, Guido Fernando Silva. (1999). **Commom law. Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUZA, I. M. (2001). **Direito Internacional costumeroio**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

TRINDADE, A. A. (2002). **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar.

Sistema Legal Inglês. (1964). Londres: The Curwen Press.