

A IMPORTÂNCIA DO SOFT LAW NA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL¹

Liziane Paixão Silva Oliveira²

Márcia Rodrigues Bertoldi³

Resumo: As normas internacionais se inclinam cada vez mais na direção do *soft law*. Sendo assim, a intenção deste artigo é contribuir para o estudo do soft law trazendo em um primeiro momento as diversas definições estabelecidas na doutrina, passando em seguida pela identificação dos instrumentos *soft*, chegando a análise da contribuição destes na evolução do direito internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional Ambiental, *Soft Law*, Direito Internacional Público



1. O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

¹ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010.

² Possui doutorado em Direito Internacional pela Université d'Aix-Marseille III, mestrado em Direito pela UnB.

³ Possui doutorado em Estudos Internacionais - Universidad Pompeu Fabra (2002) e doutorado em Globalização e Direito - Universidad de Girona (2003). Atualmente, é pesquisadora do ITP, professora Titular III e pesquisadora na Universidade Tiradentes (Aracaju-SE). Coordenadora do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD).

As últimas décadas do século XX foram fundamentais ao ambiente. Nesse curto período, a humanidade admitiu que havia causado lesões ao meio em que habita. Até pouco tempo atrás, o meio ambiente era entendido como um bem utilitário, inesgotável, a mercê de um desenvolvimento sem limites e fundado em uma concepção fundamentalmente antropocêntrica.

No plano jurídico, os mecanismos de proteção reducionista reinavam, amparando determinados espaços e componentes da biosfera. Este arquétipo, que dominou o universo jurídico-ambiental durante décadas, ficou atrás frente ao advento da visão de mundo holística ou ecológica⁴, que proporciona outro enfoque. Esta visão pretende acomodar homem e meio ambiente, entendendo aquele como um elemento interconectado a este, conjunto de elementos (água, ar, solo, recursos biológicos) indispensáveis à sobrevivência de todo ser vivo.

Também, supõe a globalização dos problemas ambientais, já que os sistemas naturais básicos e os recursos biológicos constituem uma ordem ecológica única, um todo harmonizado, mesmo estando essa idéia longe de ser uma verdade observada.

A produção de diversas mudanças na organização da Terra e a toma de consciência da gravidade dos problemas ambientais foi determinante no momento de incluir o tema, com maior determinação, na agenda internacional. Como resultado imediato e “ante o progressivo desenvolvimento da consciência crítica sobre a degradação do meio, durante a

⁴ Para Fritjof Capra, a visão de mundo holística pode ser denominada visão ecológica se o termo ‘ecológico’ é empregado em um sentido mais amplo e profundo que o atual. Afirma que “a percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)”. CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p.25.

década de sessenta, o sistema social se reestrutura, sendo o próprio poder que, de certa forma, controla burocraticamente ou tecnocraticamente esse processo, colocando em ação um projeto político mais ou menos definido”⁵.

Nesse sentido, cabe advertir uma dupla consequência: por um lado, a regulamentação jurídico-internacional na matéria passou da setorialização à transetorialização (expansão objetiva): o meio ambiente apresenta-se como uma *res communes omnium*, cuja proteção não pode ser realizada separadamente. E, por outro, a configuração do direito humano a um meio ambiente saudável⁶, atualmente não reconhecido expressamente em nenhum instrumento jurídico internacional, com a conseguinte expansão subjetiva.

Com o transcurso do tempo, à proteção do meio ambiente - finalidade geral- foi agregada a prevenção dos danos, além da distribuição equitativa, entre os Estados, das cargas e benefícios da utilização dos recursos ambientais⁷: o objetivo do direito internacional ambiental é evitar os efeitos nocivos ao meio e garantir sua reparação. Em suma, é conservar e melhorar o meio ambiente a escala mundial mediante a luta contra todas as formas possíveis de contaminação e destruição, no intento de evitá-las ou, sendo o caso, reduzi-las. Conforme José Juste Ruiz, seu objetivo essencial é estabelecer os mecanismos de regulamentação, administração e gestão (*management*) dos recursos ambientais conforme a pautas jurídicas ecologicamente aceitas⁸.

⁵ PÉREZ AGOTE, Alfonso. Medio Ambiente: Abstracción y Desterritorialización de las Relaciones Sociales. In: *Sociología y Medio Ambiente*. Madrid: CEOTMA/MOPU, 1982. p. 78.

⁶ Sobre este tema: BERTOLDI, Márcia Rodrigues. O direito humano a um meio ambiente adequado. Direito ambiental: legislação, doutrina, jurisprudência e práticas forenses. Plenum: Caxias do Sul, 2003. CD-ROM..

⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La protección internacional del medio ambiente (I): Régimen General. In: DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 628.

⁸ JUSTE RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid:

Enquanto corpo jurídico que engloba a normativa ambiental, o direito internacional ambiental desfruta de uma série de características próprias. Primeiro, trata-se de um direito-dever difuso, pois todos merecem tê-lo em equilíbrio e devem defendê-lo e preservá-lo; de caráter objetivo, já que os aspectos ambientais não são sujeitos de direito; preventivo, pois tem a função de conservar o meio e evitar sua degeneração; instrumental, já que dispõe de mecanismos de regulamentação, administração e gestão dos recursos naturais; e intergeracional, isto é, um direito presente com perspectivas futuras.

Segundo, é um direito multidimensional, pois seu objeto -o meio ambiente- compreende elementos (científicos e tecnológicos) e valores (a vida, a saúde, o lazer, etc.) de diferentes aspectos (político, ético, jurídico, ecológico, econômico, social, etc.). Além disso, encerra um caráter transdisciplinar, pois incorpora não somente elementos do direito nacional ou internacional, mas também de outras disciplinas diferentes à jurídica ou de caráter metajurídico (Economia, Política, Ecologia, Biologia, Sociologia, Ética, etc.).

Por último, cabe referir que o *soft law* é a característica mais acentuada desse novo ramo do ordenamento jurídico internacional.

2. DEFININDO E CLASSIFICANDO OS INSTRUMENTOS DE SOFT LAW

Atribuir uma definição para *soft law* tem sido uma tarefa complexa entre os doutrinadores⁹, porque a própria expressão *soft law* enseja um paradoxo. Tal paradoxo advém do simples

MacGraw-Hill, 1999. p. 41.

⁹ “Ce concept n’a pas que des adeptes. Certains auteurs en ont dénoncé le caractère imprécis, inconsistant et, en fin de compte inutile.” Tradução livre : « Esse conceito não tem somente adeptos. Certos autores denunciaram o caráter impreciso, inconstante e ao final inútil. » SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelas : Bruylant, 2001. P. 1039.

fato de que direito representa em grandes linhas algo obrigatório, capaz de impor sanção, preciso, *hard* e assim oposto a algo não obrigatório, genérico, flexível, *soft*.¹⁰ Logo, pergunta-se se o adjetivo *soft* utilizado para qualificar o direito suscita de início que este novo instrumento difere-se do direito em sua aceção usual (*hard law*) constituindo-se assim num direito diferenciado ou se o uso do termo *soft* indica tratar-se de algo que não seja direito. Se admitido o *soft law* como direito, este deve ser identificado como diferente, pois não será obrigatório, será um direito com normas relativizadas. Se considerado como um não direito, constata-se que as regulamentações se ampliam no âmbito não jurídico. Nesse contexto, algumas escolhas são indispensáveis. Nossa primeira escolha está em considerar que o direito vai além do obrigatório, logo os instrumentos de *soft law* são para nos um direito não obrigatório.

O direito é um fenômeno organizador, composto por regras de conduta que formam um sistema jurídico. Pode-se ainda afirmar que o direito é identificado como uma ordem jurídica¹¹, composta por normas obrigatórias e coercitivas, cuja identificação é realizada mediante critérios formais de validade. O critério da identificação da norma jurídica como sendo obrigatória, coercitiva passou a equivaler ao próprio critério de identificação do direito.¹²

Entretanto, a doutrina vem questionando, ampliando e modificando estas três características básicas do direito. Terré, Bergel, Carbonnier refutam essa visão reduzida do direito como um simples conjunto de regras, afirmando que o direito é

¹⁰ DUPUY, Pierre-Marie. *Soft law and the international law of the environment. Michigan Journal of international law*. n. 12. 1991. P. 420-435, p. 420.

¹¹ Grande parte da doutrina a qual nos falíamos, emprega a expressão “ordem jurídica internacional” como equivalente a “sistema jurídico”. Entretanto, Ziccardi desenvolveu um estudo excelente sobre a distinção destas expressões na sua obra ZICCARDI, Piero. *Règles d'organisation et règles de conduite en droit international : le droit commun et les ordres juridiques. RCADI*, Vol. 152, 1976.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : UNB, 1999.

mais amplo que a regra, posto que o direito é igualmente costume, prática, jurisprudência, etc.¹³ Quanto ao caráter obrigatório, Molfessis destaca que ao se considerar o critério obrigatório como essencial ao direito ignora-se as demais manifestações possíveis do direito.¹⁴ Por fim, a juridicidade não pode se subordinar à sanção, uma vez que existem regras em direito internacional¹⁵ e constitucional que mesmo sem impor sanção continuam sendo regras jurídicas. Nesse sentido assinala Virally “uma norma não é jurídica porque ela é capaz de impor sanção. Ela sanciona porque ela é jurídica”¹⁶. Entendendo que o direito é composto não somente por um conjunto de normas jurídicas obrigatórias e capazes de impor sanção, passamos a análise do direito internacional e dos instrumentos de *soft law*.

Entende-se que o direito internacional público é um conjunto de regras jurídicas que regula as relações entre os Estados e outros sujeitos do direito internacional.¹⁷ Com base nessa definição clássica de direito, esse conjunto de regras precisaria ser necessariamente obrigatório para constituir um direito. Todavia, como restou demonstrado, essa concepção do direito é bastante simplista, posto que o direito contemporâneo tem “múltiplas texturas”¹⁸, ou seja ele é composto por regras

¹³ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : LGDJ, 1969. p. 20 ; TERRÉ, F. Pitié pour les juristes. *RTDciv.* 2002, n. 247, p. 249. ; BERGEL, J-L. *Théorie générale du droit*. 2 ed, Paris : Dalloz, 1998.

¹⁴ MOLFESSIS, Nicolas. La distinction du normatif et du non-normatif. *RTD civ.* N.729, 1999, p. 734

¹⁵ Cf. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Droit international public*. 7 ed. Paris: LGDJ, 2002. p. 90-91

¹⁶ VIRALLY, Michel. La phénomène juridique. *RDP*, 1966, p. 20 e VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. Paris : LGDJ, 1960. P. 77. (Texto original : “une règle n’est pas juridique parce qu’elle est sanctionnée. Elle est sanctionnée parce qu’elle est juridique”)

¹⁷ GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*. 2 ed. Genève : Georg, 1967, p. 1. (Texto original : “Le droit international est l’ensemble des règles qui gouvernement les rapports entre les États et d’autres sujets du droit international comme les organizations internationales”)

¹⁸ THIBIERGE, Catherine. Le droit souple: réflexion sur les textures du droit. *RTD*

mais ou menos normativas, mais ou menos precisas, mais ou menos obrigatórias que acarretam ou não sanção. E dentre estas múltiplas texturas encontra-se o *soft law*.

O aparecimento do *soft law* não tem um marco temporal claro, muito embora verifica-se que o termo tenha sido empregado primeiramente em 1930 por McNair, para designar os princípios abstratos em oposição ao direito concreto, *operative*.¹⁹ Entretanto o início do debate doutrinário ocorre entre os anos 70 e início dos anos 80.²⁰ Pode-se dizer que o *soft law* começa a se destacar com o surgimento das organizações multilaterais, tanto as de natureza pública quanto privada. Embora existissem antes, foi no início do século XX que tais organizações começaram a aparecer com mais frequência no cenário internacional.

Depois da segunda guerra mundial, com o estabelecimento da ONU e das instituições criadas a partir de Breton Woods (FMI, Banco Mundial e o GATT, atual OMC), é que esta fonte do Direito Internacional se expande e passa a ter grande influência nas relações internacionais.²¹ Em outros termos, a partir da proliferação de instrumentos declaratórios e não vinculantes se verifica uma alteração no modo de produção do direito internacional que passa a ser composto tanto por *hard law*²² quanto por *soft law*. Cabe destacar que nos últimos

Civ., 2003.

¹⁹ McNAIR, Arnold. *The functions and deferring legal character of treaties*. British Year Book of International Law, 1930. P. 100

²⁰ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris :LGDJ, 1969. ; WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international. *RGDIP*, 1982, Tomo LXXXVI, pp. 6-47.

²¹ Há quem sustente que as resoluções das OI não devam ser inseridas no conceito de *soft law*, porque os Estados não pretendem fazer dela uma norma e, neste sentido, não seriam fonte de Direito. (Harmut HILLGENBERG, A Fresh Look at *Soft law*, *European Journal of International Law*, V. 10, n. 3, 1999. Pp 499-515).

²²“Caractères du droit dur. Précis dans son contenu, obligatoire dans son expression et contraignant dans ses sanctions.” (Tradução livre- características do direito duro : preciso no seu conteúdo, obrigatório na sua expressão e capaz de impor sanção) (THIBIERGE, Catherine. *Le droit souple: réflexion sur les textures du droit*. RTD

30 anos se constatou uma intensificação na utilização de instrumentos *soft*.²³

Encontra-se na doutrina inúmeras definições para *soft law*²⁴. Para Kdhir, o termo *soft law* designa os engagements, informais, não obrigatórios entre Estados²⁵, com base nesta definição os tratados não poderiam ser taxados de *soft law*. Entretanto, Salmon vai um pouco além e estabelece como *soft law* as regras cujo valor normativo são limitados, porque os dispositivos em questão, mesmo figurando em instrumentos capazes de impor sanção, não criam obrigações de direito positivo, ou criam obrigações com pouca possibilidade de sanção.²⁶

Boyle explica que os significados mais comuns são: *soft law* é uma norma não vinculante e *soft law* consiste em normas gerais ou princípios. Sobre o primeiro significado, o autor entende que, se usado neste sentido, o *soft law* se distingue da

Civ., 2003)

²³ DUPUY, Pierre-Marie. *Soft law and the international law of the environment. Michigan Journal of International Law*, v. 12, 1991, p 420.

²⁴ Primeiramente, cabe justificar o uso do termo em inglês. A tradução da expressão poderia ser “direito flexível”, “direito mole”, “direito verde”, “direito macio”, no entanto estas expressões não correspondem ao sentido do termo em inglês, que é usado por toda a doutrina internacionalista. Alguns autores, como Selton, Ruiz, Kiss, Bellido, Abi-Saad, Nasser, Dupuy utilizam o termo *soft law*. Outros como Varella e Jo, preferem a expressão *soft norm* por entenderem que inexistente direito (law) não-obrigatório. Muito embora, essa interpretação seja a mais correta a maior parte da doutrina internacional prefere empregar *soft law*. A expressão *soft law* foi traduzida pela doutrina francesa em *droit souple*, *flexible*, *mou*, *doux*, *vert*, *programmatoire*, *pré-droit*. CARREAU, D. *Droit international et l'OMC et son droit dur n'ont que peu de points communs avec l'ancien GATT et son droit mou, fait d'exceptions et de dérogations*”. CARREAU, D. ; JUILLARD, J. *L'Organisation Mondiale du commerce. RCADI*, 1997. p. 17-59. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : LGDJ, 1992.

²⁵ KDHIR, Moncef. *Dictionnaire juridique de la CIJ*. Bruxelles : Bruylant, 1997.

²⁶ SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2001. P. 1039. (Texto original

: «règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes”.)

hard law, que é vinculante. Os Tratados são, por definição, sempre *hard law*. Na segunda acepção, o *soft law* se diferencia das regras, dado que estas envolvem claramente obrigações específicas, ou seja, *hard law*. Já os princípios têm características mais gerais e podem ser comparados ao *soft law*.

De modo mais completo Thibierge define que os instrumentos de *soft law* são compostos, simultaneamente ou não, por três facetas, ou seja ele pode ser mou (mole), flou (fluido) ou doux (doce). Quando composto por premissas vagas, imprecisas ele será tido como um direito flúido, quando não for obrigatório será tido como doce e se não prever sanções será mole. Logo, um instrumento jurídico pode ser triplamente *soft* quanto ao seu conteúdo, obrigatoriedade e efeitos.²⁷ A despeito das incontáveis definições encontradas para *soft law* esta nos parece a mais completa.

Dentre as definições formuladas encontram-se alguns elementos, tais como conteúdo variável, ausência sistemática de publicidade, objetivos diversificados, ausência de sanção. Em um momento a flexibilidade da regra jurídica pode ser verificada mediante conteúdo flexível do texto, em outro a força não vinculante dos instrumentos jurídicos.²⁸

Como bem leciona Juste Ruiz²⁹:

numerosas razões sociológicas, políticas e jurídicas explicam seu surgimento, consolidação e desenvolvimento crescente; a saber, o impacto dos métodos normativos empregados pelos organismos internacionais, as divergências de interesses entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento (o que leva ambos a refutar regras muito rigorosas

²⁷ THIBIERGE, Catherine. Le droit souple: réflexion sur les textures du droit. *RTD Civ.*, 2003, p.9.

²⁸ SENDEN, Linda. *Soft law in European Community law*. Oxford: Hart, 2004. P. 112.

²⁹ RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: MacGraw-Hill, 1999. p. 47.

ou rígidas) e a incessante e rápida evolução da situação impulsionada pelo constante desenvolvimento da ciência e da tecnologia (que aconselha a adoção de normas flexíveis, suscetíveis de acomodar-se às mudanças na medida em que vão se produzindo.

No intuito de avançar na discussão sobre o *soft law*, importa classificar o fenómeno conforme suas tipologias. Alguns autores, tais como Chinkin, subdividem o *soft law* entre os instrumentos jurídicos obrigatórios cujo conteúdo é impreciso e os instrumentos voluntários, não obrigatórios, como as resoluções e os códigos de conduta formulados e aceites pelas organizações regionais e internacionais.³⁰

Na doutrina encontram-se várias categorias de *soft law*, são elas basicamente:

a) normas jurídicas obrigatórias dotadas de conteúdo impreciso, vago, genérico;

b) atos produzidos pelos Estados de carácter não obrigatórios, tais como as declarações de política;

c) são ainda tidas como *soft law* as resoluções, decisões ou outros instrumentos produzidos pelos órgãos das organizações internacionais.

O debate referente ao valor normativo ou obrigatoriedade dos instrumentos de direito *soft* redigido pelas organizações internacionais se refere às resoluções ou decisões as quais os tratados constitutivos não conferem força obrigatória e são formulados em linguagem de recomendações ou declarações de princípios. Vejamos:

Categorias de <i>soft law</i>	Flexibilidade do conteúdo	Flexibilidade da força
Tratados com conteúdo	X	

³⁰ CHINKIN. Christine M. *The challenge of soft law* : development and change in international law. In: International and comparative law quarterly, vol. 38, n. 4, oct. 1989. P. 851.

genérico, principiológico, sem obrigações específicas.		
Tratados-quadro que propõem um regime jurídico progressivo: Convenção sobre a Mudança Climática e Convenção sobre a diversidade biológica	X	X
Códigos de conduta, tais como: ISO, Codex Alimentarius (FAO), Código de conduta para a pesca responsável (FAO)		X
Declarações de Política: Declaração de Estocolmo, Declaração do Rio	X	X

A flexibilidade do conteúdo diz respeito ao grau de precisão do instrumento em análise. Tais instrumentos podem conter obrigações muito precisas, como ocorre no direito econômico³¹, quanto obrigações vagas como no direito ambiental. No que tange ao critério da força, a maioria dos instrumentos de soft law são desprovidos de obrigatoriedade e sanção. Entende-se que o critério da obrigatoriedade está relacionado ao comportamento determinado pela regra, enquanto a sanção faz referência aos mecanismos que motivam ou forçam os sujeitos de direito a respeitarem as regras.³²

Os tratados são instrumentos jurídicos obrigatórios, entretanto isso não impede que este possa ser considerado um *soft law*, devido a imprecisão do seu conteúdo:

³¹ Exemplos a Declaração de Bonn de 1973, algumas declarações comerciais adotadas no âmbito da OCDE, como a Declaração comercial adotada em 1974

³² CULOT, Henri. *Soft law et droit de l'OMC. Revue internationale de droit économique*, 2005. p. 251-289. P. 254 ; VIRALLY, Michael. *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. AFDI*, 1983, p. 241-253.

“as normas de *soft law* podem aparecer em instrumentos de natureza obrigatória, como tratados, contudo formulados de um modo tão geral ou ambíguo que não podem ser interpretados como imposição de obrigações. Mais que regras jurídicas, parecem ser declarações políticas, que oferece aos Estados ampla discricionariedade para interpretá-las e aplicá-las”³³.

Esse tipo de tratado *soft* estabelece uma regulamentação flexível que não cria direitos nem obrigações específicas. Ele é freqüente na regulamentação dos temas ligados aos direitos humanos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, devido à ausência de vontade política estatal para se comprometer com um regime jurídico rígido. Nestes segmentos do direito utiliza-se um regime jurídico progressivo devido a pouca adaptabilidade dos mecanismos usuais e tendo em vista o alto grau de incerteza e complexidade dos temas abordados por esses novos direitos. Aqui estão consubstanciados os chamados tratados guarda-chuva e tratados-quadro³⁴. Os tratados guarda-chuva³⁵ estabelecem regras que podem ser completadas ou modificadas por novos tratados que o seguirão, como são os protocolos³⁶. Nos tratados-quadro estariam fixados os princípios normativos que serão completados pelos

³³PAOLILLO, Fernando. “Fuentes y evolución del derecho internacional del medio ambiente”, en *Cursos Euromediterráneos de Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Aranzadi, 1998, p. 394.

³⁴ Paul Szasz sustenta que “isto é próprio dos tratados-quadro ou guarda-chuva; as regras substantivas tendem a serem unicamente exortativas ou programáticas, em tanto que as disposições realmente efetivas são procedimentais conforme as quais os instrumentos subsidiários, com obrigações substantivas vinculantes, são formulados e adotados”. SZASZ, Paul: “International norm-making”, en BROWN WEISS, Edith: *Environmental Environmental Change and International Law*, United Nations University Press, Tokio, 1999, p. 70-71.

³⁵ Por exemplo, a Convenção sobre a diversidade biológica e a Convenção sobre a mudança climática.

³⁶ Por exemplo, o Protocolo de Cartagena sobre biossegurança e o Protocolo de Kioto sobre mudança climática.

mecanismos técnicos previstos como, por exemplo, pelas reuniões periódicas das Conferências das Partes (COPs).

Em suma, cabe destacar que boa parte da doutrina entende que quando se trata de textos convencionais, ainda que as obrigações sejam genéricas ou vagas são obrigações, pois as obrigações jurídicas ou são efetivamente obrigações ou não o são, mas quando se encontram em um acordo internacional, independentemente do grau de precisão que apresentem, está claro que são”.³⁷.

Decorre que o cumprimento de muitos desses instrumentos está condicionado ao tipo de disposições contidas em seus textos, compostos por normas flexíveis, pois evitam utilizar palavras ou expressões que manifestem uma obrigação de resultado. Assim, recorrem aos verbos promover, fomentar, procurar, facilitar, bem como a outros que, não obstante possuem um conteúdo mais imperativo sempre vêm escoltados pelas locuções na medida do possível e conforme o caso e de acordo com suas próprias condições e capacidades particulares. Esta particularidade é típica dos tratados marco ou guarda-chuva, ou seja, as disposições substantivas tendem a ser unicamente programáticas, enquanto que as disposições realmente efetivas e vinculantes são aquelas contidas em instrumentos subsidiários (protocolos).

Se, por uma parte, essa particularidade respeita as capacidades particulares (sobretudo econômicas) do Estado-Membro, por outra, poderia debilitar ainda mais o escasso conteúdo obrigatório desses tratados, de caráter mais preventivo que repressivo e composto mais de recomendações e compromissos que de obrigações. Ainda que utilizem um vocabulário que possibilita às Partes Contratantes uma extensa discricionariedade para interpretá-los e executá-los, a

³⁷ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos: “La protección del medio ambiente”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gastéis*, 1988, p. 149-315. P.104.

imperiosa necessidade de conferir-lhes dinamismo poderia transformar seus relativos conteúdos obrigatórios de tal modo que, ao produzir resultados positivos de comportamento, os convertera em um legítimo *ius cogens*. Essa transformação depende substancialmente da cooperação técnica, científica, financeira e tecnológica dos países desenvolvidos respeito aos que não formam parte desta categoria e, paralelamente, da vontade política de todos os contratantes.

São ainda exemplos de direito soft as declarações das conferências intergovernamentais, as resoluções da Assembléia das Nações unidas, as recomendações das organizações internacionais, as convenções não ratificadas, os gentlemen's agreements, as opiniões individuais e dissidentes dos juizes da CIJ, assim como os códigos de conduta.

3. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO SOFT LAW

Tanto o *hard law* quanto o *soft law* estão permeados por vantagens e desvantagens. O *hard law* oferece legitimidade mecanismos de sanção e uma maior efetividade, já o *soft law* oferece regras menos obrigatórias, desprovidas de sanção e um processo de negociação mais ágil. Entretanto, mesmo face as suas distinções, estes dois instrumentos são na maioria das vezes complementares “in the real world, *hard law* and *soft law* approaches might be more complementary than competitive”. (no mundo real os instrumento de *hard law* e *soft law* são mais complementares e concorrentes.

Diversas são as razões encontradas pelos entes Estatais para reduzirem a celebração de tratados e se lançarem na negociação de instrumentos não obrigatórios. De uma maneira geral, o *droit souple* é negociado mais rápida e facilmente, evitando as solenidades e exigências legais e, além disso, não há necessidade de publicação ou registro. Em linhas gerais, a entrada em vigor de um tratado demora, pois depende da sua

tramitação e aprovação junto às esferas Legislativas e Executivas nacionais, já um instrumento informal não necessita da aprovação das instituições nacionais competentes.

Devido ao seu caráter informal e não vinculante tais instrumentos atraem a aceitação de um maior número de Estados. Os instrumentos jurídicos *soft* podem ser revisados de modo mais ágil que os instrumentos *hard*. O descumprimento de um tratado implica responsabilidade internacional por parte do Estado transgressor e sua obrigação de reparar o dano, diversamente dos instrumentos *soft* que, quando descumpridos, não acarretam ilícito.³⁸

Reconhecemos que os instrumentos do *soft law* oferecem aos atores internacionais uma maior elasticidade em relação as fontes tradicionais do direito, uma vez que estes são “instrumentos dinâmicos adaptáveis segundo as circunstâncias mais ou menos incertas”³⁹. Tais instrumentos permitem regular temas complexos que dificilmente seriam ratificados de outra forma. Conforme destaca Kolb, a utilização dos instrumentos *soft law* revela a crescente complexidade da sociedade internacional e a incapacidade das fontes tradicionais de regulamentarem certos domínios nos quais os instrumentos mais flexíveis predominam.⁴⁰ Em outras palavras, pode-se dizer que o *soft law* é a solução adequada face as escolhas

³⁸ AUST, Anthony. The theory and practice of informal international instruments. *International and comparative law quarterly*, n. 35, 1986. P. 788-793.

³⁹ CHATZISTAVROU, Filippa. L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit. *Le Portique*, n. 15, 2005. (Texto original: “instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou moins incertes”)

⁴⁰ KOLB, Robert. *Réflexions de philosophie du droit international*. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international. Bruxelles, : Bruylant, 2003. pp. 58-59. (texto original : “on s’est plu à mettre en évidence que l’existence de *soft law* révélait une certaine situation politique de la société internationale de plus en plus éclatée et complexe, soumise aux accélérations de l’histoire, et ayant besoin d’instruments plus flexibles, susceptibles de donner une expression normative à des domaines où les sources traditionnelles s’avéraient inadaptees”)

difíceis, como no caso de temas incertos, cuja validade científica está em discussão, tais como a aprovação do código de conduta sobre a segurança nuclear adotado pela Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), as negociações do princípio da precaução e das Diretrizes de Bonn sobre acesso ao patrimônio genético.

O direito soft pode ainda auxiliar na adoção de regras cuja temática encontra alguma resistência política, como foi o caso da negociação da Declaração de Princípios com Autoridade e Não-Juridicamente Obrigatória para um Consenso Mundial sobre Manejo, Conservação e Desenvolvimento Sustentável de todos os Tipos de Florestas, durante a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, no Rio, em 1992. Os países participantes da CNUMAD adotaram esta declaração de princípios visando um consenso global sobre o manejo, conservação e desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas. A aprovação de uma declaração de princípios e não de uma convenção reflete, de um lado, as dificuldades que surgiram no período de negociação de um texto obrigatório e, de outro, a tentativa de regular, mesmo que de modo soft a proteção das florestas. Apesar de controvertido, este foi o primeiro instrumento jurídico a tratar da questão florestal de maneira universal.⁴¹

O direito flexível contribui para a evolução do direito internacional, na medida em que ele desempenha um papel

⁴¹ Referida Declaração contém quinze princípios que, em síntese, garantem a soberania dos Estados sobre a exploração dos seus recursos florestais, levando em consideração a importância local, regional e mundial deste recurso. Le Prestre e Correia do Lago atestam, que este foi provavelmente o documento menos relevante, assinado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, pois não traçou diretrizes factíveis para a proteção das florestas e redução do desflorestamento. (LAGO, A.A. Correia. *Estocolmo, Rio de Janeiro, Joanesburgo: a evolução do discurso brasileiro nas Conferências ambientais da ONU*. Trabalho apresentado no XLVI CAE, IRBr, Brasília: 2004, 161 f. p. 42 ; LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: SENAC, 2000.p. 223)

importante na transformação do processo costumeiro que de espontâneo se transforma em documento negociado, tem-se que o direito costumeiro passa a ser construído por escrito. Os Estados passarão a pautar seus comportamentos com base nos princípios e objetivos positivados nos instrumentos não obrigatórios por eles elaborados. Os instrumentos *soft* podem igualmente influir no surgimento e na fixação da *opinio juris* e seus conteúdos podem eventualmente fortalecer o argumento de que determinada *opinius juris* existe. A afirmação constante de determinados princípios pode influenciar os Estados a considerarem determinadas condutas como obrigatórias. Em suma, essas normas têm respaldo em uma conduta ético-política potencializada por uma expectativa positiva de cumprimento por todos os Estados, em um ambiente que Juste Ruiz denomina ‘efeito contágio’⁴².

Uma vez identificada as vantagens decorrentes do *soft law*, cabe demarcar algumas das desvantagens do seu uso corrente. Do ponto de vista de Eisemann, a proliferação de instrumentos *soft* poderá ameaçar a integridade da ordem jurídica⁴³. O conteúdo flexível e a ausência de obrigatoriedade deste instituto acarretam maiores problemas de interpretação que os afrontados pelos instrumentos de *hard law*.⁴⁴ Além do que, a fraca congência deste instituto suscita alguns protestos com o intuito de encorajar que as “recomendações” e “compromissos” constantes nestes instrumentos sejam transformadas em *hard law*.

4. A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

⁴² JUSTE RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: MacGraw-Hill, 1999. p.47.

⁴³ EISEMANN, Pierre Michel. The gentleman’s agreement comme source du droit international. *Journal du Droit International*. 1979, p. 326-348.

⁴⁴ L’usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit. *Le portique*, n. 15, 2005. P. 5

AMBIENTAL MEDIANTE UM DIREITO FLEXÍVEL

A este respeito, Kiss e Shelton afirmam que o direito internacional ambiental tem conduzido, em certos casos, a um questionamento ou à reformulação das normas tradicionais do direito internacional público. A natureza peculiar dos problemas ambientais exige um conjunto normativo diverso do utilizado pelo direito internacional público. Para enfrentar as questões ambientais, são necessários novos métodos de cooperação internacional, um novo olhar sobre a própria igualdade soberana dos Estados, superando a visão tradicional do direito internacional.⁴⁵ A vulnerabilidade das fronteiras e a gravidade dos problemas ambientais, que atingem toda humanidade, impõem aos Estados cooperação.

O direito internacional ambiental apresenta algumas especificidades em relação ao direito internacional público. A primeira especificidade é a regulamentação setorial dos problemas ecológicos, as normas são estabelecidas setor a setor, água, ar, fauna e flora, mar, rios, florestas. Destaca-se, posteriormente, seu aspecto multidisciplinar, que toma emprestado de outras ciências conhecimentos para formular suas normas. As questões são de uma complexidade tal que o jurista é incapaz de atuar sozinho.

A terceira novidade é a característica transnacional,

⁴⁵ Cumpre lembrar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido como direito humano fundamental, primeiramente na Constituição Portuguesa de 1976, e posteriormente nos demais países. A principal finalidade do direito internacional ambiental é a proteção e a defesa dos recursos naturais e da humanidade e o combate às ameaças ao ambiente. Inexiste dúvida acerca da necessidade de protegê-lo juridicamente em escala local, nacional, regional e internacional, uma vez que as conseqüências advindas dos danos ambientais desconhecem fronteiras e assola na maioria dos casos mais de um Estado. De acordo com a classificação da ONU, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está entre os direitos de terceira geração, após os direitos civis e políticos, estabelecidos no século XVII e dos direitos econômicos, sociais e culturais, adicionados nos séculos XIX e XX. As gerações dos direitos fundamentais não refletem uma hierarquia entre eles, mas apenas a ordem de sua concepção como tal.

supranacional e internacional da regra jurídica destinada a proteger, regulamentar e preservar a biosfera. Questões ambientais, como o aquecimento global originário do efeito estufa, não podem ser solucionadas por um único país, mas somente a reunião destes é capaz de minimizá-las. Tem-se ainda que, devido à rápida evolução do direito internacional ambiental, seus acordos são basicamente de *soft law* (ou como alguns doutrinadores preferem chamar direito flexível) sem carácter vinculante, mas que aos poucos adquirem obrigatoriedade normativa, constituindo-se em uma obrigação que vincula os Estados.⁴⁶

Freqüentemente, a elaboração dos tratados ambientais é constituída por duas fases; a primeira, bastante flexível, que trata da elaboração do texto com princípios gerais de ação e posteriormente, as regras são especificadas durante as reuniões técnicas e devem ser implementadas pelos Estados-Partes. Na maioria das ocasiões, a adoção de tratados tem se mostrado um processo longo e complicado. Nesse contexto, a negociação e adoção de instrumentos *soft* se revela indispensável e eficaz no desenvolvimento do direito internacional ambiental. Em alguns casos a flexibilidade está na forma escolhida, em outros está na generalidade do conteúdo. O conjunto de regras que compõem o direito internacional ambiental deve ser flexível para fazer face às mudanças que ocorrem nos cenários por elas regulados⁴⁷.

No direito internacional ambiental, em face da dificuldade em se estabelecer regras precisas (obrigatórias), recorre-se aos princípios. Vale destacar a importância das

⁴⁶ UICN. CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA. *Manual de Derecho Internacional en Centroamérica*. Costa Rica: UICN, 2005. 626p. Disponível em: <www.iucn.org/themes/law>. Acesso em: 4 de novembro de 2005. p. 47

⁴⁷ MORAND, Charles-Albert. *Vers um droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes*. In : OST, François. et GUTWIRTH, Serge. *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles : VUB, 1996. P. 261

declarações de Estocolmo e do Rio na proposição de diversos princípios ambientais, que mesmo fazendo inicialmente parte de um instrumento de conteúdo impreciso e não vinculante, passam posteriormente a compor protocolos, convenções e também algumas legislações de direito interno. Logo pode-se concluir que “ a flexibilidade do direito se manifesta particularmente pelo recurso aos princípios”⁴⁸.

A adoção de declarações é decorrente de uma escolha por um instrumento mais flexível durante as negociações, posto que em se tratando de temas sensíveis à negociação de um tratado pode ser objeto de bloqueios. Alguns instrumentos *soft*, mesmo sem valor normativo, tem sua importância atrelada ao caráter declaratório de suas regras, cuja importância está em preparar as normas futuras mediante a inserção de princípios e valores jurídicos. As convenções-quadro são uma etapa superior na evolução do direito internacional ambiental, pois mesmo formada por um conteúdo vago são obrigatórias e geralmente seguidas pelos protocolos, cujo conteúdo é preciso e obrigatório.

A complexidade nas negociações dos acordos ambientais pode ser verificada durante a CNUMAD. Durante as negociações era possível observar o antagonismo entre as propostas dos Estados, em função da complexidade da pauta das negociações. Destaca-se, sinteticamente, a formação de três grupos principais: o grupo dos países desenvolvidos, que procuravam impedir a criação de novas obrigações financeiras, o grupo dos países em desenvolvimento , cujo principal problema era a pobreza de sua população e o grupo dos países em transição (PET), que buscava reconhecimento, tratamento favorável e contribuições econômicas. Essa discrepância foi

⁴⁸ MORAND, Charles-Albert. *Vers um droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes*. In : OST, François. et GUTWIRTH, Serge. *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles : VUB, 1996, p. 262 (Texto original : “la flexibilization du droit se manifeste tout particulièrement par le recours aux principes”)

refletida nas negociações dos Acordos firmados durante a Conferência do Rio e cada grupo abdicou parte de seus objetivos para viabilizar as negociações.

Outros instrumentos importantes na consolidação do DIMA são as normas que mesmo desprovidas de obrigatoriedade servem como instrumentos de pressão, como códigos de conduta, como a Agenda 21. Dados instrumentos, mesmo soft garantem o compromisso dos Estados e organizações internacionais na consecução dos objetivos ali estabelecidos.

Em matéria ambiental é mais frutífera a adoção de normas de contextura flexível, inclusive nos instrumentos jurídicos convencionais, que estimule um comportamento de resultado com fundamento na ética, na solidariedade e cooperação internacional e motivação no ideário comum de conservar e proteger o ecossistema comum. Decerto, ao produzir efetividade reiterada e ao adquirir presença temporal considerável, estas normas podem metaforsear e converter-se em normas de *hard law*. Por fim, essa circunstância poderia agradar as pautas atualmente estabelecidas e seguidas pelo direito internacional geral, um direito ‘duro’, que tampouco inspira um cumprimento satisfatório.



REFERÊNCIAS:

- AUST, Anthony. The theory and practice of informal international instruments. *International and comparative law quarterly*, n. 35, 1986. P. 788-793.
- BERTOLDI, Márcia Rodrigues. O direito humano a um meio ambiente adequado. *Direito ambiental: legislação,*

- doutrina, jurisprudência e práticas forenses. Plenum: Caxias do Sul, 2003. CD-ROM..
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : UNB, 1999.
- CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris :LGDJ, 1969.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris :LGDJ, 1969.
- CHATZISTAVROU, Filippa. L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit. *Le Portique*, n. 15, 2005.
- CHINKIN. Christine M. *The challenge of soft law : development and change in international law*. In: *International and comparative law quarterly*, vol. 38, n. 4, oct. 1989. P. 851.
- CULOT, Henri. Soft law et droit de l'OMC. *Revue internationale de droit économique*, 2005. p. 251-289.
- VIRALLY, Michael. La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. *AFDI*, 1983, p. 241-253.
- DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Droit international public*. 7 ed. Paris: LGDJ, 2002. p. 90-91
- DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of international law*. n. 12. 1991. P. 420-435.
- EISEMANN, Pierre Michel. The gentleman's agreement comme source du droit international. *Journal du Droit International*. 1979, p. 326-348.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos: "La protección del medio ambiente", en *Cursos de Derecho*

- internacional de Vitoria Gastéis*, 1988, p. 149-315.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*. 2 ed. Genève : Georg, 1967.
- HILLGENBERG, Harmut. A Fresh Look at Soft law, *European Journal of International Law*, V. 10, n. 3, 1999. Pp 499-515.
- JUSTE RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: MacGraw-Hill, 1999.
- KDHIR, Moncef. *Dictionnaire juridique de la CIJ*. Bruxelles : Bruylant, 1997.
- KOLB, Robert. *Réflexions de philosophie du droit international*. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international. Bruxelles, : Bruylant, 2003. pp. 58-59.
- LAGO, A.A.Correia. *Estocolmo, Rio de Janeiro, Joanesburgo: a evolução do discurso brasileiro nas Conferências ambientais da ONU*. Trabalho apresentado no XLVI CAE, IRBr, Brasília: 2004, 161 f.
- LE PRESTRE, Philippe. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: SENAC, 2000.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La protección internacional del medio ambiente (I): Régimen General. In: DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.
- McNAIR, Arnold. *The funtions and deffering legal character of treaties*. British Year Book of International Law, 1930.
- MOLFESSIS, Nicolas. La distinction du normatif et du non-normatif. *RTD civ*. N.729, 1999.
- MORAND, Charles-Albert. *Vers um droit de l'environnement souple et flexible* : le rôle et le fonctionnement des principes. In : OST, François. et GUTWIRTH, Serge. *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles : VUB, 1996.
- PAOLILLO, Fernando. "Fuentes y evolución del derecho

- internacional del medio ambiente”, en *Cursos Euromediterráneos de Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Aranzadi, 1998, p. 394.
- PÉREZ AGOTE, Alfonso. Medio Ambiente: Abstracción y Desterritorialización de las Relaciones Sociales. In: *Sociología y Medio Ambiente*. Madrid: CEOTMA/MOPU, 1982. p. 78.
- RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: MacGraw-Hill, 1999. p. 47.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2001.
- SENDEN, Linda. *Soft law in European Community law*. Oxford: Hart, 2004.
- SZASZ, Paul: “International norm-making”, en BROWN WEISS, Edith: *Environmental Environmental Change and International Law*, United Nations University Press, Tokio, 1999, p. 70-71.
- TERRÉ, F. Pitié pour les juristes. *RTDciv.* 2002, n. 247, p. 249. ; BERGEL, J-L. *Théorie générale du droit*. 2 ed, Paris : Dalloz, 1998.
- THIBIERGE, Catherine. Le droit souple: réflexion sur les textures du droit. *RTD Civ.*, 2003.
- UICN. CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA. *Manual de Derecho Internacional en Centroamérica*. Costa Rica: UICN, 2005. 626p. Disponível em: <www.iucn.org/themes/law>. Acesso em: 4 de novembro de 2005.
- VIRALLY, Michel. La phénomène juridique. *RDP*, 1966, p. 20 e VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. Paris : LGDJ, 1960.
- WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international. *RGDIP*, 1982, Tomo LXXXVI, pp. 6-47.
- ZICCARDI, Piero. Règles d'organisation et règles de conduite

en droit international : le droit commun et les ordres juridiques. *RCADI*, Vol. 152, 1976.