

## Direito Internacional

### 1. CONSEQUÊNCIAS SISTÊMICAS DA SOFT LAW PARA A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O REFORÇO DA REGULAÇÃO GLOBAL

---

#### SYSTEMICS CONSEQUENCES OF SOFT LAW FOR THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL LAW AND THE STRENGTHENING OF GLOBAL REGULATION

(Autor)

FERNANDO DA SILVA GREGÓRIO

*Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal). Advogado.  
fernandogregorio@icloud.com*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Soft law: conceito e generalidades
- 3 A evolução do Direito Internacional mediante a Soft law
- 4 O reforço da regulação global tendo a soft law como contributo fundamental
- 5 Conclusão
- 6 Referências bibliográficas

**Área do Direito:** Internacional

#### Resumo:

Este artigo trata da soft law como um instrumento que contribui com a regulação global. Analisaremos seu conceito bem como a evolução do Direito internacional através deste instrumento normativo. Traremos exemplos de estudiosos do tema e as novas possibilidades de regulação global tendo a soft law como contributo fundamental. O objetivo principal desta pesquisa é justamente este: ampliar a possibilidade de conhecimento do uso da soft law no Direito internacional contemporâneo.

#### Abstract:

This paper deals with the soft law as an instrument that contributes to global regulation. Review your

concept and the development of international law through this normative instrument. We will bring examples of theme scholars and the new possibilities of global regulation having the soft law as a fundamental contribution. The main objective of this research is precisely that increase the possibility of knowledge of the use of soft law in contemporary international law.

**Palavra Chave:** Soft law - Globalização - Organizações internacionais - Direito internacional comum - Regulação global

**Keywords:** Soft law - Globalization - International organizations - International common law - Global regulation

## 1. Introdução

Nas últimas décadas - notadamente no início dos anos 80<sup>1</sup> do século XX -, observa-se um fenômeno mundial de revisão legislativa, ou melhor, de adequação das legislações internas dos Estados, para acompanhar as mudanças estruturais no que tange ao Direito internacional (e em alguns aspectos o próprio Direito interno dos Estados) e o *modus operandi* da nova configuração global de regulações normativas. Esta necessidade de adequação da ordem jurídica internacional contemporânea traz consigo um bojo de expectativas acerca das regulações internacionais e como estas podem tornar-se flexíveis e atrativas aos atores que delas se servem. Nesta nova ordem internacional é comum que se levantem dúvidas de como certos textos poderão acomodar os interesses dos atores internacionais, pois são desprovidos do caráter jurídico vinculativo que geram obrigações recíprocas. É neste contexto que se busca uma definição suficiente sobre o fenômeno<sup>2</sup> da *soft law* como um instrumento convergente da vontade dos atores internacionais e suas relações no plano global.

Neste trabalho, debruçamo-nos para compreender como os instrumentos de *soft law* podem colaborar com o Direito internacional na busca de um sistema regulatório eficiente e eficaz que direcione comportamentos *globalizados*<sup>3</sup> mais do que *obrigações estritas de resultados*.<sup>4</sup> Primeiramente buscamos a aplicação de um conceito jurídico, ainda que sumário, que possa delinear o fenômeno da *soft law* como um instrumento de *eficácia* e de *validade formal*,<sup>5</sup> a demonstrar, em certo momento, o motivo pelo qual atores internacionais (estatais e não estatais) optam pelo uso de tais instrumentos. Nesta oportunidade, traçamos as linhas mestras que versam sobre as principais correntes doutrinárias que tratam da *soft law*, com o objetivo de se entender desde a sua estruturação no cenário internacional até sua aplicação pelos atores interacionais.

No segundo capítulo tratamos sobre a evolução do Direito internacional e o papel da *soft law* neste cenário. Desenvolveremos as principais questões que envolvem os instrumentos de *soft law* com exemplos trazidos por autores nacionais e estrangeiros, e como é possível utilizar-se da *soft law* como elemento aglutinador das relações internacionais, seja no âmbito público, seja no privado. Embora não tenhamos o intuito de esgotar o assunto, procuramos acrescentar algumas posições doutrinárias sobre os instrumentos de *soft law*, e os motivos que levam atores estatais e não estatais a utilizarem desta nova prática internacional.

Por fim, no capítulo terceiro analisamos o reforço da regulação global tendo como contributo importante os instrumentos de *soft law*. Observamos os efeitos da globalização e seu impacto na política dos Estados e nas relações de atores não estatais. Deste modo, utilizamos as mudanças globais atuais como pano de fundo para delinear o papel da *soft law* neste novo cenário de perspectivas de regulação internacional. Dentre os elementos trazidos neste trabalho, apresentamos a *soft law* como um instrumento pragmático de aplicação dos acordos internacionais, principalmente naqueles acordos que envolvem assuntos econômicos, ambientais e trabalhistas.

Embora saibamos da importância da *lei* como agente formador da organização da vida social (seja no Direito interno ou internacional), não descartamos neste trabalho o papel dos novos instrumentos de *soft*

*law* que contribuem com a eficiência e a eficácia das relações negociais, como um verdadeiro motor de equidade social doméstico e internacional. Diante da dificuldade *natural* de conhecer-se toda a lei - e não poder ao mesmo tempo alegar seu desconhecimento -, os instrumentos de *soft law* contribuem com o novo panorama internacional de maneira a impulsionar uma nova forma de normatividade.

## 2. *Soft law*: conceito e generalidades

A *soft law* pode ser definida como um conjunto de normas (*standards* normativos) de categoria residual<sup>6</sup> cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law* criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na *autonomia da vontade* e na *boa-fé* típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento. Embora reconheçamos que tal definição é simplificada ante o fenômeno da *soft law*, cremos que ela nos permite traçar uma diretriz hermenêutica capaz de nos levar à compreensão do motivo pelo qual atores estatais e não estatais podem adotá-la em suas relações negociais.

Segundo Kenneth W. Abbott e Duncan Snidal, um dos argumentos em favor do uso de instrumentos de *soft law* vem da *maleabilidade* de sua aplicação em diversificadas situações negociais, sem ferir os princípios de soberania<sup>7</sup> dos Estados.<sup>8</sup>

Acentue-se que, no plano doutrinário, a definição do que seria a *soft law* não nos leva a um denominador comum, nem tampouco o motivo que leva os Estados e entes não estatais a adotarem este termo (*soft law* ou *droit doux*)<sup>9</sup> ou se ela, como definição, seria uma categoria analítica coerente.<sup>10</sup> Sua adoção, num primeiro momento, tem caráter de *standards* normativos e busca criar certos comportamentos sociais.

Para Guzman e Meyer os Estados utilizam-se da *soft law* por razões diversas; dentre elas destacamos sumariamente: (a) pelos atores envolvidos entenderem que esta categoria normativa é de fácil coordenação e suficiente para gerar o cumprimento das obrigações; (b) pelos custos marginais de descumprimento ultrapassarem a perda esperada da violação (*the loss avoidance theory*), o que diminuiria a "perda líquida" para as partes envolvidas mas não traria sanções; (c) a alteração das circunstâncias no cenário internacional permite que os Estados ou outros atores envolvidos renunciem as regras da *hard law* de maneira a facilitar que as novas circunstâncias sejam eficientes do que uma negociação formal exigida pela *hard law*;<sup>11</sup> e (d) Estados se utilizam da teoria da *international common law* (ICL) de maneira a contornar as exigências vinculativas das regras legais (*hard law*), criando um sistema de cooperação, um "apoio moral", com a oportunidade de aprofundá-la em troca da desistência (mitigação) de algumas medidas de controle sobre as próprias regras legais.<sup>12</sup>

A maior facilidade para aprovar *normas* sobre *assuntos ainda incertos* também justifica a existência da *soft law*, principalmente quando há divergência a respeito das medidas a serem adotadas. Os códigos de conduta sobre segurança nuclear adotados pela Agência Internacional de Energia Atômica são exemplos de instrumentos de *soft law*.<sup>13</sup>

Ainda no plano da definição do que seria a *soft law*, as escolas de pensamento jurídico criaram distinções (ou mesmo posições) de como se dá a interação da lei na governança internacional, utilizando-se de uma divisão binária de vinculatividade e não vinculatividade, ou seja, onde termina a atuação da *hard law* e quando a *soft law* tem sua possibilidade concreta de atuação.<sup>14</sup> Dentre as correntes doutrinárias, citamos neste trabalho as três principais visões: (a) visão positivista-jurídica; (b) visão construtivista; e (c) visão institucionalista racional.

A escola ou visão positivista<sup>15</sup> cria uma dicotomia entre a *hard law* e a *soft law*, naquilo que se define o legalmente vinculativo e os compromissos não vinculativos; alguns teóricos positivistas têm a tendência de negar o próprio conceito da *soft law*, pois para estes o direito é por definição "obrigatório", vinculativo. Gregory Shaffer, ao descrever a visão positivista, alega que a *soft law* teria nesta escola um papel secundário em relação à própria *hard law*, posto ser inferior às normas cogentes e pouco aplicada pelos

tribunais.<sup>16</sup> Uma outra percepção positivista entende a *soft law* como um instrumento codificado capaz de exercer autoridade ou persuasão no campo do Direito interno e internacional, mesmo que tal instrumento não seja formalmente jurídico e obrigatório.

Construtivistas,<sup>17</sup> em contrapartida, concentram-se menos nas questões formais do Direito e mais na lei como parte de um processo de interação social capaz de moldar entendimentos sociais e comportamentos apropriados. Segundo Shaffer, os instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*) colaboram com entes estatais e não estatais para o desenvolvimentos de ideias compartilhadas de negócios globais, com grande possibilidade de flexibilidade quando das incertezas dos negócios pactuados; deste modo, os instrumentos de *soft law* afetam as decisões judiciais, ou melhor, influenciam as decisões de *hard law* prolatadas pelos tribunais.<sup>18</sup> Em certa medida, construtivistas criticam a eficácia da *soft law* - sobretudo no campo do Direito internacional - por entenderem que essa não cria a vinculação das obrigações que os Estados deveriam submeter-se. Em outra direção, certos teóricos construtivistas ensinam que, no Direito internacional, Estados (e demais atores não estatais) podem ser levados a mudarem a percepção de seus interesses mediante processos transnacionais de interação, deliberação, persuasão ou mesmo aculturação ao longo do tempo. A criação de instrumentos não vinculativos podem proporcionar um efeito transformador de certos entendimentos e práticas estatais (e não estatais) com o desenvolvimento dos instrumentos não vinculativos (*soft law* em sentido estrito).

Por fim, teóricos da escola institucionalista racional<sup>19</sup> expressam certo ceticismo ao caráter vinculativo do Direito internacional, contudo, advogam que a linguagem "compromisso vinculativo" pode tornar-se importante de modo que o não cumprimento da obrigação implicaria maiores custos na reputação do Estado ou do ator privado que gera a obrigação, justificando até mesmo represálias por outros atores estatais (e não estatais) envolvidos. Apesar de serem provenientes de várias tradições acadêmicas, há por parte destes teóricos uma dificuldade intrínseca para demonstrarem que os instrumentos de *hard law* e *soft law* possam ser alternativos e complementares um do outro.<sup>20</sup>

Como dito, definir os instrumentos normativos de *soft law* não tem sido matéria convergente no campo teórico. O que percebemos no campo da prática internacional é que tais instrumentos têm se materializado em muitos códigos de conduta (como será evidenciado em outro momento), sendo uma verdadeira complementaridade dos instrumentos de *hard law*. Embora sua independência em relação à lei constituída, a *soft law* permite que os compromissos políticos realizados (no âmbito dos Estados), bem como as relações desenvolvidas na seara dos entes não estatais, sejam utilizados como complementaridade ao fenômeno da internacionalização dos procedimentos globais; ou seja, é uma forma de regular condutas sociais numa ótica de *peer pressure* (entre todos os atores internacionais) e *benchmarking* (no campo das políticas dos Estados frente aos fluxos econômicos e ambientais, por exemplo).

### 3. A evolução do Direito Internacional mediante a *Soft law*

Em linhas gerais, o Direito internacional teve um grande desenvolvimento no século XX, sobretudo após as duas Grandes Guerras Mundiais, onde os Estados convergiram para uma compreensão do sistema das relações soberanas que existiam e como seria possível preservá-las, sem, contudo, voltar-se ao *status quo ante*, longe da beligerância que marcou o cenário do século XX.<sup>21</sup> No entanto, Estados tendem a violar as regras internacionais por diversos fatores, e isto trará em certo momento repercussões negativas não apenas no plano internacional, mas também no plano jurídico interno. De acordo com Celso de Mello, algumas situações levam os entes estatais a violarem as regras de Direito internacional:

"A observância do DIP tem sido objeto de estudos como o de Louis Henkin cujas observações devem ser repetidas: (a) os Estados só violam o DIP quando a vantagem disto é maior do que o custo dentro do 'contexto de sua política exterior'; (b) os Estados necessitam possuir confiança dos demais Estados para realizarem a sua própria política externa, daí ser necessário que respeitem o DIP; (c) há interesse dos

Estados em manterem as relações internacionais dentro de certa ordem; (d) os Estados têm medo de represálias; (e) os Estados obedecem ao DIP por 'hábito e imitação'. Várias hipóteses podem levar à violação do DIP; (a) quando a violação traz maiores vantagens do que prejuízos; (b) quando o autor da (sic) pode colocar a sociedade internacional diante de um 'fato consumado' que não seja suficientemente relevante para conduzir a uma guerra, porque as sanções de natureza moral não o atingirão de modo efetivo; (c) as próprias instituições políticas internas levam o Estado a cometer a violação; (d) muitas vezes a violação é ilegal, mas é considerada justa, porque as normas jurídicas existentes são ultrapassadas e não atendem às necessidades atuais".<sup>22</sup>

É principalmente neste cenário que a *soft law* tem relevância para o Direito internacional; ou seja, diante da dificuldade em manter-se um sistema normativo atualizado - e credível - a *soft law* permite que atores estatais (e não estatais) desenvolvam compromissos com uma margem de flexibilidade que a *hard law* não possui. Cremos que a *soft law* pode ser um contributo relevante não apenas no Direito internacional público, mas também no próprio sistema do Direito transnacional, incluindo o Direito internacional privado, o Direito internacional administrativo, o Direito internacional ambiental, dentre outros.

Além do exemplo de sua maior facilidade para ser aprovada ante as normas restritivas de assuntos evitados de incertezas (como no caso da energia nuclear), os instrumentos de *soft law* poderão colaborar quando da necessidade de aprovação de determinados assuntos politicamente controvertidos, quando os atores internacionais envolvidos são resistentes à determinada política. Varella chega a afirmar que: "É mais fácil obter a obediência dos grupos internos a uma *soft norm*, ratificada por um número significativo de Estados, do que a uma proposta de convenção não aprovada ou mesmo a uma convenção restritiva cujo número de membros é reduzido".<sup>23</sup>

No plano do Direito internacional, entendemos que o próprio sentido da *Lex Mercatoria* corrobora com a ideia de que Estados e atores não estatais utilizam-se - ainda que de maneira tímida - dos instrumentos de *soft law* em suas práticas negociais. No entanto, grande parte da doutrina entende que é necessária uma associação da *Lex Mercatoria* a algum ordenamento nacional.<sup>24</sup> Porém, quando se trata de assuntos menos sensíveis, como meros acordos de desenvolvimento econômico - que por sua natureza são flexíveis -, cremos que a *soft law* seria um instrumento primordial para a economia, dada a sua ausência de burocracia para a composição de um panorama eficiente e, ao mesmo tempo, com certo grau de normatividade (indução de comportamentos).

Dinah L. Shelton explica que há um crescente uso dos instrumentos normativos não vinculativos, e um dos motivos de tal procura é a *resposta rápida* que estes instrumentos promovem, ante o longo processo necessário para a negociação e para aceitação dos instrumentos vinculativos.<sup>25</sup> Segundo a autora, instrumentos de *soft law* "são mais rápidos de se adotar, mais fáceis de mudar, e mais úteis para as questões técnicas que podem necessitar de revisão rápida ou repetida".<sup>26</sup> Apesar do regime jurídico tradicional internacional basear-se na vontade dos Estados em um mútuo consentimento - e carecer de um legislador que substitua a vontade dos atores envolvidos -, a *soft law* poderá influenciar o comportamento dos Estados de maneira a ser uma via de acesso flexível e célere que substitua o legislador ordinário e seja eficiente na resolução de questões internacionais. Um bom exemplo são as ações da Assembleia Geral das Nações Unidas que proíbem a pesca de arrasto; tais ações foram dirigidas a membros e não membros da Organização devido à pesca predatória que dizimou muitos cardumes pelo mundo. A comunidade internacional, por outro lado, deixou evidente a proposta de proibir a pesca de arrasto e fazer cumprir a determinação das Nações Unidas, mesmo que a esta determinação não era ato juridicamente vinculado.<sup>27</sup>

Instrumentos de *soft law* têm contribuído para o desenvolvimento do Direito internacional na medida que tornam-se meios inovadores de solução de conflitos, seja no plano do Direito internacional público, seja no Direito internacional privado. Trazemos por meio da lição de Shelton um exemplo de conduta implementada através da *soft law*:

"Instrumentos não vinculativos também são úteis no tratamento de novos temas de regulação que exigem meios inovadores em relação a Estados não atores de elaboração de regras, que geralmente não são partes em tratados ou envolvidos na criação de direito internacional consuetudinário. O surgimento de códigos de conduta e outras *soft law* reflete este desenvolvimento. As normas de 2003 sobre as responsabilidades das empresas transnacionais e outras empresas privadas com relação aos Direitos Humanos, aprovada pela subcomissão das Nações Unidas sobre a promoção e proteção de direitos, exemplifica tais textos; a subcomissão afirmou que as normas não são inteiramente voluntárias, mas fornecem às corporações um código oficial de conduta.

Em outros casos, os textos jurídicos não vinculativos permitem que os atores não estatais assinem o instrumento e participem dos mecanismos de conformidade, sendo que ambos são muito mais difíceis de serem feitos por meio de tratados. Os princípios voluntários de segurança e direitos humanos nas indústrias extrativas, por exemplo, foram negociados entre os governos dos EUA e do Reino Unido, grandes ONGs de direitos humanos, como a Anistia e HRW, e as empresas de petróleo e gás, incluindo a BP, Chevron/Texaco e Royal Dutch/Shell".<sup>28</sup>

Observamos que os instrumentos de *soft law* podem iniciar, ou melhor, colaborar com o surgimento de condutas que nascem das relações de atores privados (não estatais) e que repercutem nas relações de entes estatais. Para alguns doutrinadores, estes instrumentos não vinculativos estabelecem algo como uma "governança privada".<sup>29</sup>

Para Miguel Neves, a relevância dos instrumentos de *soft law* contribuíram para o desenvolvimento do Direito internacional após 1945:

"A crescente relevância da *soft law* no desenvolvimento do direito internacional e no reforço da regulação global pós-1945 constitui uma das tendências estruturantes do direito internacional atual que se materializa em mecanismos distintos que variam com o tipo de *soft law* em causa. A *soft law* primária ou autônoma teve um impacto inovador ao constituir o pilar estruturante da gênese de novas áreas do direito internacional, como sucedeu nos casos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em relação ao direito internacional dos direitos humanos e da Declaração de Estocolmo de 1972 relativamente ao direito internacional do ambiente. A *soft law* secundária está associada a, e dependente de instrumentos de *hard law*, em especial tratados internacionais, contribuindo para a sua interpretação ou para a integração de lacunas como no caso dos comentários gerais elaborados pelo Comitê dos Direitos Humanos, no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, e pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais".<sup>30</sup>

Um outro exemplo de como os instrumentos não vinculativos podem contribuir com a evolução do Direito internacional seriam as *diretivas europeias*. A União Europeia, por meio de suas diretivas, criou certa flexibilidade em seu sistema regulatório de políticas para permitir que novos Estados-membros pudessem ser recebidos pela comunidade, ainda que estes tenham economias mais fracas e instituições políticas mais frágeis do que os outros membros. Independentemente dos elogios ou críticas que possam surgir desta política da Comunidade Europeia, certo é que os instrumentos não vinculativos desembaraçam as dificuldades naturais que existem quando da união de Estados com história, língua e cultura completamente díspares.<sup>31</sup>

A esta altura podemos argumentar que os instrumentos de *soft law* compõem, de certa maneira, um sistema de fontes do Direito internacional contemporâneo, juntamente com aqueles que são tradicionais no plano internacional (tratados, jurisprudência, costumes, etc.).<sup>32</sup> Para Magalhães de Mattos a *soft law* está vinculada, como uma característica própria, ao plano das Organizações Internacionais, como um "pacto entre os Estados mais fortes e os mais fracos da organização para que se chegue sempre a um consenso, um arranjo, para que as decisões tomadas sejam feitas por todos de forma espontânea e não por imposição".<sup>33</sup>

Varella nos traz importante lição sobre a importância dos instrumentos de *soft law* (segundo o autor *soft norms*), como um elemento potencializador da *atribuição dacapacidade soberana* dos Estados e até mesmo como um sistema vinculante utilizado pelos atores internacionais privados:

"Normas privadas, criadas por agentes privados, e não por Estados ou Organizações Internacionais, podem também tornar-se *soft norms* e ser, às vezes, consideradas como obrigatórias por parte das Organizações Internacionais. A Organização Mundial do Comércio, com base no Acordo sobre as barreiras técnicas ao comércio, aceita as normas da Organização Internacional para Normalização (ISO), uma instituição privada. Isso implica, portanto, que os Estados têm indiretamente atribuído competências a agentes privados para produzir normas que lhes são impostas. Poder-se-ia até, de uma forma mais extrema e pouco correta do ponto de vista jurídico, afirmar que se assiste a uma transferência de soberania, o que ocorreria no momento em que os Estados aceitam submeter-se a uma norma privada. (...) Neste sentido, as *soft norms* devem ser avaliadas não sob a ótica de seu conteúdo normativo, mas como uma etapa entre a inexistência de um quadro normativo por falta de contexto político de positividade de normas rígidas e a existência de um direito obrigatório, cuja efetividade tem maiores chances de ocorrer pelo consenso alcançado entre as partes. De fato, é melhor ter a aprovação de uma norma *soft* sobre um tema controverso que a não aprovação de uma norma rígida sobre o mesmo tema. O tudo ou nada no direito internacional pode significar a postergação da regulação sobre determinado tema por muitos anos ou mesmo a não regulação. O excesso de *soft norms* não parece ser de forma alguma um obstáculo à evolução jurídica, mas um método para tornar possível essa evolução".<sup>34</sup>

Ao nosso sentir, baseado nos exemplos trazidos, podemos dizer que os instrumentos de *soft law* não são apenas possibilidades vinculativas ou não vinculativas, mas sua justificativa de existência e validade está na eficácia para a resolução de problemas no âmbito internacional, como um instrumento que colabora com a evolução do próprio Direito. Esta visão está em consonância com o reforço da própria regulação global, onde os instrumentos de *soft law*, com suas características próprias, podem e devem atuar no plano interno e internacional de maneira a contribuir com a evolução do Direito internacional e na melhoria da vida dos povos - é uma verdadeira diversificação e expansão do Direito transnacional.

Com a globalização e suas nuances, os instrumentos não vinculativos podem ser utilizados como elemento de regulação, a inspirar uma nova ideia de relacionamento regulatório global. Passemos a esta análise.

#### 4. O reforço da regulação global tendo a *soft law* como contributo fundamental

O fenômeno da globalização tem sido observado em todas as esferas nos dias atuais. Aliás, dificilmente alguém, em algum momento, deixou de ouvir o termo "globalização" ou mesmo "efeitos globais". No plano jurídico, a Comunidade Internacional se depara com situações difíceis e complexas quando as relações jurídicas criadas são eivadas de dúvidas e até mesmo de incertezas quanto à sua efetividade; apesar da natureza eminentemente *comunitária* ou *societária*, não é incomum que atores estatais e não estatais deparem-se com situações - sejam elas políticas, jurídicas, econômicas, etc. - onde é necessário que o sentido de convergência de interesses seja de tal modo eficiente que haja uma estabilização das relações bilaterais ou multilaterais criadas pelos Estados e entes não estatais. O oposto disso seria a intensificação de conflitos internacionais e a insegurança deles advinda.<sup>35</sup>

O Direito internacional como um todo tem sido esboçado além do termo técnico de *lei internacional*, ou seja, pode-se dizer que os contornos atuais tendem à amplitude do termo *direito e globalização*, mais amplo do que o termo *lei internacional* em si.<sup>36</sup> Nesta direção, entendemos que o papel da *soft law* tende a ser um contributo-chave para o reforço da regulação global, por tratar-se de um instrumento que está além das barreiras da lei - apesar da importância desta em todos os sentidos -, o que retira dos Estados o monopólio das regras internacionais e seu exclusivismo para ditar as políticas transnacionais, principalmente em sede dos direitos ambiental, trabalhista e econômico. A visão estreita de como a *lei*

opera no plano transnacional tem sido entendida como inadequada.<sup>37</sup>

Com o fenômeno da globalização, sentido com maior intensidade desde a década de 1980,<sup>38</sup> alguns estudiosos perceberam que os Estados passaram a declinar de sua soberania natural em busca de um ajuste transnacional de cooperação global. Dentre as áreas de maior notoriedade, citamos as questões de desregulamentação da economia, com a intenção de evitar-se grandes crises que pusessem em risco o cenário internacional global. Contudo, esta medida mostrara-se como um mero paliativo de tratamento de um problema crônico.

A regulamentação passou, repentinamente, a ser moda no estudo do Direito internacional. Após mais de 30 anos de desregulamentação, a crise financeira que iniciou-se no ano de 2007 mudou a atitude dos governos<sup>39</sup> drasticamente acerca de seus papéis na economia.<sup>40</sup> Embora o conceito de desregulamentação não seja unânime na doutrina, há quem entenda que o Estado deve controlar certos mecanismos essenciais da vida social; por outro lado, muitos rejeitam a interferência estatal, como um retrocesso político e jurídico à dinâmica da liberdade humana. Entendemos que os instrumentos de *soft law* podem cooperar com o reforço da regulação global, pois estariam entre as duas vias principais, isto é, haveria uma regulamentação por parte dos atores globais, permitindo um certo grau de liberdade que evitasse a exploração invasiva destes mesmos agentes globais.

Ainda no campo econômico, alguns teóricos entendem que a crise econômica de 2007 pôs em evidência a necessidade de intervenção estatal, sobretudo no caso de falência de instituições financeiras. Joseph Stiglitz acentua que a política de intervenção deve ser projetada para "tornar menos provável a ocorrência de ações que geram repercussões negativas ou significativas, ou mesmo externalizáveis".<sup>41</sup> Ou seja, há um papel intervencionista estatal, mas que deverá ser pouco invasivo, pouco intrusivo na estrutura essencial da economia, que obedece a uma lógica própria de oferta e procura, a melhorar o bem-estar social (*welfare-enhancing*).<sup>42</sup>

David Vogel chama-nos a atenção para uma mudança na dinâmica regulatória associada a novas formas de governança global, onde empresas transnacionais preferem uma *regulação civil* (*civil regulation*) ante os fracassos das diversas políticas públicas estatais incapazes de lidarem com maior eficiência no campo regulatório (principalmente no que diz respeito ao meio ambiente e assuntos macroeconômicos); busca-se atualmente no cenário internacional novos instrumentos regulatórios que controlem certas condutas sociais das empresas internacionais.<sup>43</sup> Estudos de casos têm demonstrado o impacto da regulação civil com certo grau de eficiência em favor dos regulamentos globais privados. As ONGs e seus apoiadores têm tido um papel relevante nestes casos, ao provarem a eficiência do *status quo* do regulamentador atual.<sup>44</sup>

Apesar dos novos instrumentos regulatórios não terem a capacidade de provocar as mudanças necessárias no plano global, e nos atores envolvidos, os instrumentos de *soft law* estão a ganhar espaço principalmente junto às empresas globais e, assim, cremos que é o início para que os Estados passem a se comprometer com estes instrumentos céleres e flexíveis. De acordo com Vogel, "A regulação civil global e os princípios e práticas de responsabilidade social corporativa global, os quais estão muitas vezes interligados, tornaram-se uma dimensão atualmente visível e cada vez mais legítimos para governança econômica global".<sup>45</sup>

Necessário argumentar uma vez mais que as fronteiras entre os regulamentos obrigatórios (estatais e não e não estatais) e os não obrigatórios de *soft law* (voluntários ou não vinculantes) não estão delineados de forma satisfatória. No plano comercial, uma importante vantagem dos regulamentos civis como instrumentos de regulação é que suas disposições não são regidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), como aqueles formalmente adotados pelos governos. Segundo Vogel, isto seria uma verdadeira "brecha" para as regulamentações civis. Concordamos com tal entendimento na medida em que os instrumentos de *soft law* podem reforçar a regulação global e permitirem que políticas internacionais sejam delineadas com êxito, sem as pressões naturais existentes nos instrumentos normativos de *hard law*. Como exemplo, destacamos as organizações como o Banco Mundial e a OCDE, que afetam as políticas

governamentais mediante instrumentos de *soft law*, bem como as recomendações da Organização Internacional do Trabalho, que incluem propostas sobre normas laborais a serem submetidas aos parlamentos nacionais.<sup>46</sup>

No campo do Direito ambiental, Miguel Neves nos aponta três fatores relevantes para a adoção dos instrumentos de *soft law* e seu desenvolvimento: (a) com a perda do monopólio dos Estados no sistema internacional, a *soft law* permite que atores não estatais participem com maior envergadura da criação das normas e ao mesmo tempo reforçam a regulação global de maneira a cumprir voluntariamente as obrigações pactuadas; (b) a *soft law* permite e assegura uma flexibilidade e adaptabilidade diante das mudanças próprias das novas áreas do Direito internacional (como o Direito internacional da água); e (c) os novos *standards* normativos permitem que haja uma melhor gestão entre os diversos sistemas internacionais e a promoção e coordenação entre sistemas jurídicos e culturas distintas, facilitando o processo de *multilevel governance*, "contrariamente a uma lógica de *standards* uniformes e uniformização".<sup>47</sup>

Na medida em que os agentes estatais cedem lugar a mecanismos regulatórios - e mitigam a soberania -, a governança global deixa de produzir um sistema hierárquico de poder (pois não há lugar para uma autoridade política suprema) e com isso não terá lugar para uma hegemonia política forçada. Para alguns autores, a governança global é uma *possibilidade*, pois outros atores contribuem com o impacto sobre as questões que se levantam (questões políticas, econômicas, ambientais, trabalhistas, etc.), de forma a criar uma estrutura global regida por todos os atores envolvidos. Para outros teóricos, há uma dificuldade *natural* de se implantar instâncias supranacionais, pois o próprio sentido democrático da sociedade requer um formalismo público para o seu desenvolvimento.<sup>48</sup>

Como dito em outro momento, há certas barreiras, deficiências formais e materiais para a aplicação da regulação civil nos termos da *soft law*; no entanto, em alguns setores tem havido eficácia em seu uso, como, por exemplo, no âmbito da proteção ambiental e nos direitos trabalhistas, com acentuado progresso em acordos econômicos e intergovernamentais. No plano do direito ambiental, trazemos o exemplo colhido por Neves sobre a Res. 64/292 da Assembleia Geral da ONU de 2010, que reconheceu, pela primeira vez, o direito à água e o saneamento básico como um direito humano essencial para a persecução de todos os outros direitos humanos.<sup>49</sup>

Independentemente da doutrina não convergir sobre um entendimento pacífico da atuação dos instrumentos de *soft law*, pode-se perceber na prática internacional seus efeitos positivos. Com a crise atual da legitimidade global, entendemos que os instrumentos não vinculativos podem colaborar com uma nova perspectiva de relacionamento transnacional, isto é, tal como ocorre nos costumes internacionais - fonte de direito internacional *per se* - Estados e atores não estatais poderão se servir dos instrumentos de *soft law* para induzirem comportamentos responsáveis baseados na boa-fé, na autonomia da vontade e sobretudo na mútua cooperação transnacional.

## 5. Conclusão

Iniciamos este trabalho dizendo que atualmente é difícil sustentar o princípio universal de que ninguém poderá alegar o desconhecimento da lei. Diante das dificuldades formais e materiais de se conhecer toda a legislação (nacional e internacional), percebemos que as leis de cunho vinculativo (instrumentos de *hard law*) não são capazes de resolver os problemas por elas mesmas delineados, pois não é de muito legislar que obtemos resultados satisfatórios. A *soft law*, por outro lado, começa a ganhar atenção - principalmente no plano internacional - de forma a colaborar com o Direito internacional na persecução de soluções para os problemas atuais.

Trouxemos algumas visões doutrinárias sobre o tema com o objetivo de demonstrar que não há uma visão pacífica do que seria a *soft law* em essência; por isto mesmo entendemos que há a possibilidade de utilizarmos estes instrumentos regulatórios como uma nova fonte de Direito internacional, tal como

ocorre com os costumes, jurisprudências, dentre outros.

Com suas características de fácil adoção, flexibilidade, celeridade, dentre outras, o uso destes instrumentos contribuem com o Direito internacional como meio inovador de solução de conflitos, ao mesmo tempo que é um código oficial de conduta. Um dos exemplos trazidos neste trabalho são os códigos de conduta da Agência Internacional de Energia Atômica e as diretivas europeias. Estes acordos ou *standards* normativos contribuem com o reforço regulatório de forma explícita; por este motivo cremos que os instrumentos de *soft law* fazem parte das fontes do novo Direito internacional.

Diante dos diversos fracassos das políticas públicas em termos internacionais, instrumentos de *soft law* permitem a melhoria regulatória sem criar uma dicotomia entre a soberania dos Estados e a atuação destes nas relações com outros entes estatais e não estatais. Como dissemos neste trabalho, na medida em que os agentes estatais cedem lugar a mecanismos regulatórios - e mitigam a soberania -, a governança global deixa de produzir um sistema hierárquico de poder (pois não há lugar para uma autoridade política suprema) e com isso não terá lugar para uma hegemonia política forçada.

É principalmente neste cenário que a *soft law* tem relevância para o Direito internacional; ou seja, diante da dificuldade em manter-se um sistema normativo atualizado - e credível - a *soft law* permite que atores estatais (e não estatais) desenvolvam compromissos com uma margem de flexibilidade que a *hard law* não possui. Propusemos neste trabalho que a *soft law* pode ser um contributo relevante não apenas no Direito internacional público, mas também no próprio sistema do Direito transnacional, incluindo o Direito internacional privado, o Direito internacional administrativo, dentre outros.

Assim, com os exemplos trazidos ao longo deste trabalho, observamos uma crescente onda de sistemas regulatórios cujo conteúdo não é vinculativo, demonstrando que a *soft law* é capaz de atender aos tempos de globalização crescente e de tornar-se um instrumento de reforço regulatório eficaz, mesmo sem a capacidade vinculativa própria de instrumentos normativos de *hard law*. Apesar de sua não vinculatividade no plano formal, observamos que a prática jurídica internacional caminha para seu uso, com destaque acentuado no panorama econômico, ambiental e trabalhista.

Estados e entes não estatais beneficiam-se destes *standards* normativos pela capacidade de reforçar a regulação global, sem, contudo, modificar a estrutura sistêmica do Direito internacional, baseado, como dissemos, na autonomia da vontade, boa-fé e no mútuo consentimentos dos povos.

## 6. Referências bibliográficas

ABBOTT, K.; e SNIDAL, D. *Hard and Soft Law in International Governance*. Massachusetts: International Organization 54, 3, 2000.

BERNAN, Paul Shiff. *From International Law to Law and Globalization*. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional da segurança*. Coimbra: Almedina, 2013.

GUZMAN, Andrew T. et. al. *International Soft Law*. vol. 2. n. 1. Spring: Journal of Legal Analysis, 2010.

MATTILI, Water; e WOODS, Ngaire (editores). *The Politics of Global Regulation*. New Jersey: Princeton University Press, 2009 (edição eletrônica).

MATTOS, Magalhães de. *Direito internacional*. Espaço Jurídico, 2007 (edição eletrônica).

MAZZUOLI, Valerio de Souza. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- MICHIE, Jonathan (ed.). *The Handbook of Globalization*. Cheltenham: Edward Edgar Publishing Ltd., 2011.
- MOSS, David; e CISTERINO, John (editores). *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: The Tobin Project, 2009.
- NEVES, Miguel Santos. *Direito internacional da água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano*. Portimão: Jurismat, n. 3, 2013.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- REALE, Miguel. *Noções preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RESEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2014 (edição eletrônica).
- SHAFFER, Gregory C. et al. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*. University of Minnesota Law School. n. 09-23, 2010.
- SHELTON, Dinah L. *Soft Law*. Washington D.C.: The George Washington University Law School, Public Law and Legal Theory Working, Paper n. 322, 2008.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2012 (edição eletrônica).

#### **Pesquisas do Editorial**

- AS VICISSITUDES DO CONTRATO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO GLOBALIZADO , de Geraldo Frazão de Aquino Júnior - RDC 102/2015/67
- CONSENTIMENTO E DISSSENTIMENTO INFORMADO - LIMITES E QUESTÕES POLÊMICAS , de Eugênio Facchini Neto - RDC 102/2015/223