

INTRODUÇÃO

O termo foi citado, em 1973, na obra de René Jean Dupuy na “*Hague Academy of the Protection of the Environment and International Law*”, em Haia, com norte à criação de fontes alternativas de respeito aos tratados internacionais, quando por especificidade da matéria, a envergadura do Direito Internacional não tutelava tal demanda jurídica (MOSTACCI, 2008).

Em consequência da carência dos recursos disponíveis, Dupuy diagnosticou, da mesma forma que Phillip Jessup fez previamente (1965), a emergência de uma nova fonte normativa que pudesse dar conta de novas demandas jurídicas às margens do Direito nacional e do Direito internacional, ou seja, do monopólio normativo estatal.

O acréscimo no uso de mecanismos de *soft law* se deve, principalmente ao cenário criado pela globalização aliado ao diagnóstico de atrofia dos entes estatais em solucionarem problemas reais e em ascensão, com eficácia e efetividade na mobilização de suas instituições (CALLETI; STAFFEN, 2018 *apud* PAIXÃO; BERTOLDI, 2012).

E assim, adicionam os autores Caletti e Staffen (2018, p. 292):

O uso comum de *soft law* e autorregulação para questões de meio ambiente, saúde, agricultura, tecnologia, comunicações, seguridade, engenharia, relações comerciais e negocial se instala proporcionalmente pelo fato dos Estados e dos entes de Direito Internacional evitarem tratar direta e efetivamente desses assuntos, seja por protecionismo, seja por nacionalismo, seja por sua própria debilidade institucional.

Em diversas negociações entre Estados nacionais e atores econômicos globais, encontramos uma nova normatividade que advém da lógica efficientista sobre determinados pontos importantes das políticas públicas com rasgo econômico. Ao assim funcionar, expedientes normativos ao estilo da *soft law* dão azo para uma nova demanda a ser sanada pelo Direito; uma demanda que possa corresponder com efetividade às práticas contemporâneas (SASSEN, 2015).

Na realidade, o debate normativo sobre os modelos de *soft law* assentam-se sobre o embate teórico entre Kelsen e Santi Romano. Na visão dos críticos da validade da *soft law* e da sua condição de cogência, o começo de tudo está presente na teoria das normas de Hans Kelsen (1996) que sustenta o argumento de que a condição de “fonte do Direito” se conecta compulsoriamente às circunstâncias de estar contida em uma norma hierárquica superior. Dessa forma, Hans Kelsen tem uma posição direcionada pela condição da norma como produto da atividade legislativa estatal soberana, para qual “a

aplicação do Direito é uma consequência imediata do fato de que todo ato criador de Direito deve ser determinado pela ordem jurídica” (KELSEN, 1998, p. 195).

Na visão de Kelsen (1998), a validade das normas jurídicas é causada por uma norma simples, e essa norma simples é, assim, "pressuposta" por aqueles que veem as ordens jurídicas como normativas. Como um positivista jurídico, Kelsen (1998) não planeja fundamentar a força normativa de sua norma fundamental ou suas normas jurídicas em sua validade moral, mas tornando sua teoria "pura" até mesmo de elementos sociológicos (ou baseados na prática).

Uma visão, seguindo Kelsen (1998) e uma possível interpretação de Hart (1994), é que o positivismo jurídico é enxergado como a aceitação do "fato" da normatividade, ou seja, como partindo do pressuposto de que uma grande porcentagem de aplicadores do direito e cidadãos dentro de uma comunidade jurídica aceitam a lei como estabelecendo razões para a ação.

Dessa maneira, os positivistas jurídicos enxergam o fato da normatividade e explicam-no somente no sentido de construir uma teoria jurídica que consiga levar esse fato em consideração. Diante desta visão, os positivistas jurídicos não "explicam a normatividade" no sentido de mostrar como tais visões podem ser justificadas ou legítimas, pois esse tipo de "explicação da normatividade" é apenas o tipo de julgamento moral ou avaliativo que o positivismo deixa para outros tipos de análise - por exemplo, teoria política ou teoria moral (BETIOLI, 2001).

As abordagens da natureza do direito precisam ser compreendidas dentro do contexto de debates mais amplos sobre teorias de outras práticas e instituições sociais e teorias de outras práticas de fundamentação. Investigações mais amplas incluirão, por um lado, a questão da possibilidade de uma teoria moralmente neutra e, por outro lado, a viabilidade da teoria "conceitual" (ALCHOURRÓN, 1997).

Um conjunto mais preciso de perguntas pode ser derivado das considerações gerais acima: O que significa falar sobre a natureza da lei, e o que significa ter sucesso ou fracassar em ter uma teoria do direito? Responder a essas perguntas, à luz das preocupações gerais delineadas, é o desafio que o positivismo jurídico deve enfrentar se quiser garantir no tempo. Se esse desafio não for atendido, o positivismo jurídico se tornará apenas mais um tópico interessante na história das ideias, em vez de um debate vibrante em nossas reflexões atuais sobre o que significa ter e manter um sistema jurídico.

O aparecimento de um duplo relevo jurídico da *soft law* que se funde no aspecto interno e no aspecto externo da juridicidade da norma, de modo que ambos, possuem

condições de influenciar o desenvolvimento de mecanismos normativos estatais e não-estatais, fazendo com que, por meio de seus expedientes torne-se possível exigir a correção de comportamentos. (NASSER, 2006)

Junto com atores nacionais, atores transnacionais, supranacionais e não estatais, como ONGs e movimentos sociais, estão fortemente interligados e contribuem cada vez mais para moldar a produção de normas e regulamentos que afetam a vida cotidiana de muitas pessoas dentro e além das fronteiras nacionais. O resultado legal desta “nova constelação” (HABERMAS, 2001), está longe de ser um corpo uniforme de doutrina do direito. É um conjunto fragmentado, deslocado e frequentemente contestado de regulamentações, cujos produtores e beneficiários estão intimamente interligados, bem como mutuamente condicionados. (TEUBNER, 2004)

Pode-se dizer que os instrumentos de *hard* e *soft law* têm essencialmente o mesmo objetivo: o de regular o comportamento dos Estados nas relações internacionais fornecendo alguma estabilidade e tornando o comportamento do estado mais previsível. As regras não legais, no entanto, o fazem em menor grau, contudo possuem a vantagem de fornecerem alguma estabilidade nos casos em que uma *hard law* com toda a sua rigidez, não seria aceitável para os Estados, serviria nenhum propósito útil ou seria muito difícil de criar.

DESENVOLVIMENTO

Antes de começar a abordagem mais específica deste texto, imperioso consignar que este estudo trabalha com o conceito de direitos humanos do Professor espanhol Peces-Barba (1995), de maneira que o ser humano figura como centro de si mesmo e também o centro do mundo, conseguindo exercer largamente as suas liberdades.

Este assunto analisa um exemplo de esforço internacional para gerar normas *soft law*. Parte-se da ideia de que a *hard law* que controla grande parte dos laços internacionais e nacionais, e aqui são inclusos os conflitos armados, apresenta estar desatualizada e, de várias formas, inadequada.

Seguindo esta temática, os documentos de *hard law* consistem basicamente no seguinte: as quatro Convenções de Genebra (GC) de 1949; os dois protocolos adicionais de 1977; Convenções de Haia I - XIII sobre meios e métodos de guerra de 1907; e as convenções de armas mais recentes - Convenção sobre Armas Biológicas de 1972; a Convenção de 1980 sobre Armas Convencionais; a Convenção de 1993 sobre armas

químicas; a Convenção de Ottawa de 1997; o Protocolo de 2003 sobre restos explosivos de guerra; e a Convenção de 2008 sobre Munições de Fragmentação.

A verdade é que nos últimos anos, diversos instrumentos de *soft law* que desejam controlar situações de conflito armado acabaram sendo criadas. Esses instrumentos foram desenvolvidos por variados atores, incluindo, pequenos grupos de especialistas, pequenos grupos de estados e uma combinação de especialistas e Estados. (ROBERTS, 2001). Eles representam padrões que, com toda certeza, fazem grande diferença na regulação de conflitos. Sendo assim, dificilmente se pode contestar que esses documentos formulam regras que estão em processo de incubação, ou seja, regras emergentes de direito internacional.

A esse respeito, deve-se mencionar que organizações internacionais e regionais como a ONU, a OTAN e a UE também adotaram políticas operacionais relativas a situações de conflito armado. Esses documentos regulam claramente o comportamento das forças armadas militares lideradas pela ONU, OTAN e UE em tempos de conflito¹. No entanto, são documentos internos de política operacional, vinculativos somente para as organizações e os Estados membros que contribuem com tropas para as organizações.

Cita-se, como exemplo, o documento de *Montreux* sobre Obrigações Legais Internacionais Pertinentes e Boas Práticas Relacionadas com as Operações de Companhias Particulares Militares e de Segurança durante Conflito Armado para os Estados, de 2008.² O documento de *Montreux* sobre empresas militares privadas foi o resultado de um processo internacional lançado pelo governo da Suíça e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

O Documento de *Montreux* foi aceito por consenso em 17 de setembro de 2008 por dezessete Estados³. Estados e organizações internacionais podem aderir ao Documento de *Montreux*. Seu prefácio declara que os Estados participantes, desde já,

¹ Maiores informações podem ser acessadas no documento: UN Secretary-General (UNSG), Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, 6 August 1999, ST/SGB/1999/13. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/451bb5724.html>> Acesso em 22 nov. 2020.

² O documento original se encontra em Swiss Federal Department of Foreign Affairs, 'Participating States of the Montreux Document', <<https://www.eda.admin.ch/eda/en/dfa/foreign-policy/international-law/internationalhumanitarian-law/private-military-security-companies/participating-states.html>>, mas também pode ser acessado através do site oficial do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pelo link: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/montreux-document-170908.htm>. Acesso em 22 nov. 2020.

³ Sendo eles Afeganistão, Angola, Austrália, Áustria, Canadá, China, França, Alemanha, Iraque, Polônia, Serra Leoa, África do Sul, Suécia, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Ucrânia e Estados Unidos da América.

convidam outros Estados e organizações internacionais a comunicar seu apoio a este documento ao Departamento Federal de Relações Exteriores da Suíça" (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Hoje, cinquenta e seis Estados e seis organizações internacionais aderiram ao documento (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2020). O documento não é juridicamente vinculativo, mas contém uma compilação de obrigações legais internacionais relevantes e boas práticas. Conforme mencionado no Documento, ele não busca estabelecer um novo regulamento, mas simplesmente fornecer orientação sobre vários pontos jurídicos e práticos difíceis e pouco claros. (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Assim, dando encaminhamento para as considerações finais pode-se afirmar que o objetivo do Documento de *Montreux*, conforme descrito pelo CICV, é promover o respeito ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos sempre que empresas militares e de segurança privadas estiverem presentes em conflitos armados. O Documento recorda as obrigações legais existentes e fornece aos Estados recomendações sobre boas práticas para promover o cumprimento do Direito Internacional Humanitário dos Direitos Humanos durante conflitos (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Enquanto os modelos tradicionais de *hard law* voltam-se para hipoteticamente satisfazer os objetivos de interesse geral, as normas designadas como *soft law* concentram seus esforços para regular as atividades e as relações setorializadas e com maior grau de especificidade. Por seu turno, essas divergências de objetivos não se mostram incompatíveis e inviáveis, pelo reverso, possibilitam um grau mais amplo e efetivo para inserção do Estado de Direito em um campo fortemente marcado pela globalização e pela desterritorialização.

Assim, o estado d'arte da *soft law*, pavimenta vias para unidade e coerência entre regimes jurídicos e ordenamentos jurídicos de viés hierarquizados-formais. São os micro-sistemas que produzem normatividade especializada e fluída, notadamente sob a pecha de *soft law*, terminam produzindo distintas redes normativas (*normative linkage*) que se entrecruzam com outras manifestações normativas tradicionais, produzindo maior integridade e coerência.

CONCLUSÃO

A partir do caso em estudo é possível concluir no contexto jurídico-político marcado por profundas fragmentações, majoritariamente desterritorializadas, o uso de mecanismos de *soft law* habilitam modos de integração em conteúdos jurídicos esparsos, de preponderância técnica ou política, advindo do seio do Estado-nação ou de atores transnacionais. Sobretudo, possibilitam uma forma mais capilarizada, difusa e plena de efetivação de direitos humanos.

A condição de integração, além de ampliar os espaços permeados pelos direitos humanos na tessitura jurídica fragmentada, obrigando corporações e atores transnacionais ao seu conteúdo, igualmente possibilita zonas para controle político, quando da aproximação com normas *hard law*. Assim, a zona antes de autonomia entre ambos os modelos passa a ser instrumentalizado para coabitação, solidariedade e subsidiariedade de fontes para o Estado de Direito.

Em síntese, a função integrativa dos mecanismos de *soft law* no âmbito dos direitos humanos possibilita, além da maior proteção jurídica *in abstracto*, aos órgãos decisórios uma ampliação das linhas conducentes à argumentação jurídica, com lastro maior para a racionalidade e motivação decisória como um modo de proteger e resguardar pessoas, instituições e regimes jurídicos. Está no passado a mera relevância epistemológica do estudo da *soft law* enquanto conceito ou confronto com os instrumentos de *hard law*. Como defende a pesquisa em tela, compreender o ser e o dever-ser da *soft law*, reveste-se como condição para estabelecer o sentido e a estrutura deste novo nomos, marcado pela realidade da globalização e pelo conteúdo de direitos humanos.

Sem a pretensão de exaurimento, vem a calhar a advertência de Gustavo Zagrebelsky (2008) para quem a figura do jurista contemporâneo deve estar afastada do puro técnico da lei; a figura nova exige um sujeito responsável no confronto da cultura do seu tempo.

Por fim, importante constar que este trabalho embora discorde, não ignora a existência de críticas a normas como o Documento de *Montreux*, entre elas: (i) que se trata apenas de um catálogo que dá boa visibilidade aos envolvidos; (ii) que a ausência de efeito vinculante impede o resultado esperado em alguns países, entre outras (PIMENTEL, 2015), ou ainda de (iii) que inexistente regulação sem interesses particulares (NUNES, 1997). O que se apresentou foi defesa no sentido de que o efeito prático da regulação em regra tem muito sucesso na efetivação de direitos humanos, seja pela diminuição de burocracias na sua confecção e execução, seja pelo próprio interesse dos

envolvidos em dar cumprimento a norma que estão fazendo adesão, como ocorre no caso estudado.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; Bulygin, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara: Mexico, 1997.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

CALETTI, L.; STAFFEN, M. R. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS. **The Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict**. 2008. Disponível em: <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20192511-montreux-document_EN.pdf>. Acesso em 22 nov. 2020.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito**. Governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria geral da norma**. 2. ed. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Padova: CEDAM, 2008.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, n. 2, 2015.

NUNES, E. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

PAIXÃO, Liziane; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III – BOE, 1995.

PIMENTEL, Cauê Rodrigues. **Entre o livre-mercado e o compromisso multilateral: opções de regulação internacional sobre empresas militares e de segurança privada**. *BJIR, Marília*, v. 4, n. 2, p. 273-299, mai/ago. 2015.

ROBERTS, Anthea. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *American Journal of international law*, 2001. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2674625>>. Acesso em 06 set 2020.

SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights:** from medieval to global assemblages. Princeton University Press, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEUBNER, Gunther et alii. **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: University Oxford Press, 2004.

ZAGREBELSY, Gustavo. **La giustizia il sulla lege.** Torino, Giappichelli, 2008.