

A Segurança Jurídica das *Soft Laws* no Direito Ambiental Internacional

João Henrique de Moraes Machado Rosa

Advogado, Pós-Graduando em Direito Ambiental pela UNITAU (Universidade de Taubaté) e Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários)

Matheus Vieira Ribeiro

Advogado, Pós-Graduando em Direito Ambiental pela UNITAU (Universidade de Taubaté)

Resumo: Este artigo objetiva o estudo das *Soft Laws* do ponto de vista hermenêutico buscando demonstrar suas características e como influem no campo do direito demonstrando que a atual conceituação atribuída às *Soft Laws* é incoerente com a realidade e que pode ser utilizada como meio para aumentar disparidades entre nações influentes e os países menos abastados.

Neste sentido, o estudo permeia o aspecto não sancionador das *Soft Laws* que contradiz o conceito geral de norma, restando, ao final, demonstrar que *Soft Laws* não correspondem a normas e isso implica dizer que a segurança jurídica dos acordos versados nessas condições é quase inexistente o que prejudica uma coletividade em prol de minorias de maior influência internacional.

Palavras-chave: *Soft Law* – Hermenêutica – Direito – Fontes

Abstract: This article aims to study the Soft Laws from a hermeneutic point of view and attempts to demonstrate its features and how to influence the field of law by demonstrating that the current conceptualization of Soft Law is inconsistent with reality and can be used as a means to increase disparities between influential nations and less affluent countries.

In this sense, the study guides the aspect not penalizing of Soft Law that contradicts the general concept of norm, it is clear that Soft do not match with the concept of norm and

this implies that the legal agreements versed in these conditions is almost nonexistent which preclude community towards minorities greater international influence.

Key Words: Soft Law – Hermeneutics – Law – Sources

1. O Direito como Objeto Cultural

Dentro da sistemática dos estudos científicos são necessários determinados cortes temáticos que delimitam o método dos estudos, de modo a diferenciar as ciências assumindo assim características próprias para que nasça o conhecimento.

O próprio estudo do Direito deve se pautar nesta delimitação para que seja descrito pela ciência, tendo em vista que o Direito trata de uma análise de um conteúdo de nossa consciência e a verdade varia de acordo com aquilo que o ser cognoscente entende como significação. (CARVALHO, 2008, p.46)

Assim, o conceito do Direito em sentido estrito estará adstrito à realidade de determinado indivíduo, ao passo que o Direito em sentido amplo nunca será conhecido, pois perpassa o entendimento daquele que o interpreta.

Com base nas ideias acima, a teoria geral dos objetos foi criada exatamente para auxiliar na delimitação de objetos ônticos que delimitam a linguagem aceitável para determinada classe de ciência, pois, por exemplo, não se pode aceitar dentro da linguagem do Direito o conceito de Leis da Física, já que leis são vocábulos que indicam possibilidade de alteração no tempo de acordo com a vontade de uma ou mais pessoas e a física trata de descrições de condutas naturais. (CARVALHO, 2005, p. 137)

Nesta conjuntura, a cultura deve ser entendida como uma construção valorativa histórica e objetos culturais existem para construção, interpretação e compreensão das normas dentro de determinado contexto social e histórico em que os valores são bases utilizadas pela sociedade para expor suas vontades por meio de linguagem competente.

Portanto, este artigo tomará como base uma visão culturalista do Direito, onde as normas, mesmo que tomadas no meio internacional, deverão ser adotadas do

ponto de vista da convergência de valores descritos por meio de linguagem jurídica para que possuam efeitos no Direito Internacional e na ciência do Direito.

2. A Formalização da Linguagem

Na formação das normas jurídicas, que possuem caráter prescritivo, percebe-se claramente que sua estrutura lógica em muito se aproxima das proposições descritivas, de modo que as duas poderiam ser aplicadas da mesma maneira sem grandes problemas.

Ocorre que embora a estrutura seja a mesma, há de se verificar que a linguagem que às compõe são diversas, pois enquanto normas possuem forma deôntica (dever ser) ao passo que as demais proposições descritivas possuem características próprias de formações aléticas (ser). (VILANOVA, 1997, p. 69)

Deste modo, é possível visualizar várias funções fundamentais atribuídas a linguagem, dentre as quais temos como as mais relevantes a descritiva, expressiva e prescritiva.

A linguagem descritiva que exhibe formação alética é basilar para a linguagem científica que se trás em seu cerne de transmissão do saber que repousa no pressuposto de uma regularidade de fenômenos que pode ser demonstrada de maneira lógica pela expressão “Se A é, então B é” ou $A=B$.

Já a linguagem expressiva, que da base à linguagem poética, consiste em evidenciar determinados sentidos de modo a fazer do ser cognoscente um participante de determinada situação sentimental, assim este tipo de linguagem não possui regras claras podendo chegar aos objetos metafísicos, ou seja, que perpassam o que é próprio do físico chegando ao máximo do subjetivismo espiritual.

Em outro sentido, a linguagem prescritiva, utilizada na construção de proposições jurídicas, se baseia em uma formação deôntica (dever ser) é aquela que consiste basicamente em dar comandos, recomendações, influenciar em comportamentos alheios. Este tipo de linguagem pode ser demonstrado logicamente pela expressão “Se A é, então B deve ser” ou $P(F \rightarrow S'RIS)$. (VILANOVA, 1997, p. 73).

Além disso, numa proposição descritiva nota-se a aceitação de tal linguagem como correta quando o leitor demonstrar crer naquela determinada informação, ao passo que na linguagem prescritiva se comprova a aceitação do destinatário da informação quando ele executada a norma prescrita.

É importante destacar que a linguagem prescritiva em seu critério de valoração é analisada não como verdadeira ou falsa, mas sim como válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, vigente ou não, diferente do que ocorre com a linguagem descritiva que é analisada de acordo com a veracidade ou não dos fatos descritos. (BOBBIO, 2001, p. 81)

Resta afirmar que o alvo deste trabalho é a linguagem jurídica que embora possua diversas características que a aproximam de outras linguagens são suas peculiaridades anteriormente demonstradas que a tornam particular e importante para a sociedade.

3. Teoria da Norma Jurídica

Como já explicado anteriormente, a linguagem das normas jurídicas divergem daquelas aplicadas a ciência do Direito. Pode-se dizer que enquanto normas jurídicas possuem característica prescritiva a ciência é essencialmente descritiva.

Assim, a teoria da norma jurídica tem o efeito de auxiliar na desmistificação daquilo que conhecemos por norma jurídica, delineando traços que a diferenciam das demais linguagens, evidenciando mais um corte temático necessário à pesquisa.

HANS KELSEN em uma primeira análise diz que norma jurídica para ser interpretada como tal, precisa precipuamente de uma norma fundamental que estatui sanção a uma norma considerada secundária que traria um ato permitido, proibido ou obrigatório. (1999, p.36)

Em contrapartida, a maioria dos doutrinadores entende que na verdade a norma primária não é a sancionadora, mas sim a norma que faz a imputação de uma permissão, proibição ou obrigação e a secundária por óbvio é a norma de caráter sancionador, porém vinculada a norma primária. (BOBBIO, 2001, p. 118)

Podem-se diferenciar as normas jurídicas pelo seu sentido, classificando-as em normas jurídicas em sentido amplo ou em sentido estrito, o primeiro caso denota uma unidade de um sistema de direito positivo, mesmo que sozinhas não expressem

uma mensagem deôntica formada. No segundo caso a norma jurídica é vista pelo prisma de que denotam significações completas que estão estruturadas dentro de um juízo hipotético condicional. (CARVALHO, 2008, p. 586).

É possível ainda classificar logicamente as normas jurídicas como: abstratas ou concretas, individuais ou gerais. Agrupando as formas de classificação das normas de maneira estruturada pode-se vislumbrar as seguintes normas:

- Gerais e Abstratas – consistem em normas aplicáveis a uma grande quantidade de indivíduos e demarca, de maneira ilusória, a classe dos fatos que serão juridicizados, por exemplo, o art. 121 do Código Penal que descreve o crime de homicídio é uma norma geral, pois se aplica a uma grande quantidade de pessoas, e é abstrata, pois não existe conhecimento sobre a quantidade de fatos sob os quais recairão efeitos dessa norma.

- Individuais e Abstratas – são normas que, embora tenham no seu consequente um único destinatário, acabam por englobar no seu antecedente uma gama enorme de fatos possíveis, como ocorre na servidão de passagem, pois o juiz ao declarar a sentença (norma individual) não instituirá período válido no tempo e no espaço, apenas demarcará uma hipótese que se desdobra no tempo.

- Individuais e Concretas – São normas que possuem destinatário conhecido e um fato também demarcado, como ocorre com as sentenças onde se tem conhecimento das partes e dos fatos aos quais serão afetados pela decisão judicial.

- Gerais e Concretas – são normas que possuem uma diversidade de pessoas em seu antecedente, porém em seu consequente há um fato definido, por exemplo, Plínio é judeu e não pode ser discriminado por sua religião, neste caso temos uma enormidade de pessoas no antecedente que não podem descumprir com um fato em particular. (CARVALHO, 2008, p. 139)

Além disso, conforme se sabe normas jurídicas devem possuir determinados predicados para que possa produzir seus efeitos no contexto social a que foi destinada, por este motivo a norma jurídica pode ser:

- Válida – se seu processo de formação for obedecido com acuidade e a norma ingressar no sistema jurídico;
- Vigente – caso a norma esteja apta a produzir efeitos;

- Eficaz tecnicamente – quando sua existência estiver condizente com as demais normas de superior e inferior hierarquias, podendo produzir seus efeitos de maneira sistêmica;

- Eficaz Juridicamente – Neste caso não se trata de atributo da norma, mas sim do fato, pois ser eficaz juridicamente significa que determinado fato jurídico tem a capacidade de desencadear seus efeitos próprios.

- Eficaz Socialmente – se a norma jurídica estiver em consonância com a realidade social, de modo que a maioria da população a cumpra corretamente. (CARVALHO, 2008, p.83)

É importante destacar que alguns doutrinadores confundem a ideia de validade e eficácia colocando-as como vocábulos sinônimos embora sejam muito distintas, conforme se nota pelo trecho a seguir “validade não pode ser comprovada pela ciência pura nem pela lei. Isso se trata de aptidão pura da sociedade” (STONE, 1964, p.200)

4. A Ótica das Sanções

Conforme descrito anteriormente, a norma jurídica pode ser descrita como um juízo hipotético condicional que após praticado no mundo real terá seus efeitos e conforme se viu as normas podem ser primárias ou secundárias, de acordo com classificação de HANS KELSEN (1999, p. 221)

Deste modo, caso uma norma primária seja descumprida conseqüentemente uma norma secundária será aplicada como forma de reprimir a conduta incompatível com os desígnios da sociedade. É possível descrever este tipo de relação pela seguinte equação lógica $P[(F \rightarrow S'R1S'') \cdot (R1 \rightarrow S'R2S'')]$.

Devemos nos atentar ainda para os tipos de sanção existentes no contexto jurídico e no contexto dos fatos, deste modo temos as sanções:

- Morais ou Internas – são penalidades puramente subjetivas, é a culpa sentida por um indivíduo ao praticar um ato em desacordo com uma norma moral. Do mesmo modo, podemos delimitar logicamente a seguinte relação do presente modo “Se não quiser X, deve Y”. (BOBBIO, 2001, p.155)

- Sociais ou Externas – são punições que advém de uma resposta social a violação de determinada norma. É exemplo de sanção social a penalidade que provém do descumprimento dos costumes, da educação e da vida em sociedade em geral. (BOBBIO, 2001, p. 157)

- Jurídicas – como as demais sanções não são realmente eficazes na sociedade, principalmente por haver um descompasso entre os tipos de violação e a punição a elas aplicáveis, as sanções jurídicas são aquelas que existem pelo descumprimento das normas jurídicas. (BOBBIO, 2001, p. 160)

Dentro da variedade de sanções existentes é compreensível que a mais relevante das sanções é a jurídica, pois as demais por não serem institucionalizadas e descritas em forma de linguagem competente e razoável a todos acabam por prejudicar alguns em detrimento de outros.

Além disso, NORBERTO BOBBIO ao se referir a estes temas inclui diversas vezes referências às normas morais e sociais, porém conforme já admitido anteriormente, normas serão aquelas válidas dentro do sistema jurídico. Assim, não se pode cogitar a existência de normas morais e sociais, podendo no máximo classificá-las dentro dos costumes e princípios gerais do Direito, mas não chegando à profundidade de uma norma. (2001, p.137)

Entretanto, para SANTI sanções podem ser vistas pela ótica de uma relação jurídica que habilita determinado sujeito a praticar seu direito de ação ante ao poder judiciário para concretização do dever descrito na norma primária. (2008, p.38)

Com base nesta questão, uma das grandes celeumas que pairam sobre as sanções seria a existência de normas desprovidas de sanção. Neste contexto, alguns doutrinadores alegam existir normas sem sanção, como exemplo ele cita o art. 315 do Código de Civil Italiano que rege que os filhos devem respeitar seus genitores. (BOBBIO, 2001, p. 166)

Ocorre que embora realmente algumas normas não aparentem possuir sanções esta não é a realidade, pois partindo do pressuposto que todas as normas são passíveis de sanção caso sejam questionadas no poder judiciário, pode-se concluir que a sanção é uma aptidão ofertada ao sujeito ativo para propor determinada demanda com o intuito de ver constituída a norma primária.

Portanto, considerando que a segunda acepção de sanção se coaduna melhor com a realidade do sistema jurídico na sociedade, não há possibilidade de existirem normas sem sanção, considerando que qualquer tipo de direito pode ser resguardado

pelo poder judiciário e mesmo que não exista norma geral e abstrata que regule uma punição para determinada norma jurídica o julgador no caso concreto pode por meio de uma norma individual e concreta resguardar o direito daquele que se sentir lesado e determinar uma punição pelo descumprimento de uma norma.

5. Conceito de *Soft Law*

Embora a ciência do Direito já tenha se ocupado de grande descrever grande parte do Direito alguns desses estudos geram múltiplos entendimentos sobre um mesmo estudo científico. Essa é a situação das *Soft Laws* no ambiente internacional, pois conforme se verá a seguir, a partir do referencial utilizado, as *Soft Laws* podem ter diferentes acepções jurídicas e conseqüentemente diferentes formas de aplicação no ambiente internacional.

Segue abaixo o estudo sobre cada dos conceitos de *Soft Law* existentes atualmente:

5.1. As *Soft Laws* e o positivismo jurídico

A primeira definição de *Soft Law*, descrita principalmente por uma doutrina baseada no positivismo jurídico, utiliza como critério analítico o fator de vinculação das *Soft Laws*, ou seja, o que é analisado é se a norma realmente possui uma obrigatoriedade que vincula aqueles que aderirem aos seus propósitos. Neste caso, para quem considera que a *Soft Law* não tem a característica da obrigatoriedade, temos que a norma do tipo *Soft Law* não é uma norma, pois não esta descrita corretamente no âmbito do Direito. (DUPUY, 1991, p.420-435)

De outra monta, temos aqueles que consideram a *Soft Law* como vinculativa, portanto se trata de um direito e que por via de consequência deve ser cumprida sob possibilidade de gerar uma pena ao causador do ilícito. Neste sentido, os doutrinadores que discordam dessa acepção dizem se tratar de um paradoxo tratar de uma linguagem conhecida como *Soft Law* do ponto de vista de uma *Hard Law*, que é uma norma que é vinculativa, obrigando seus pactuantes a seguirem seus ditames, sob pena de sofrerem algum tipo de sanção.

5.2. As *Soft Laws* e o Construtivismo Jurídico

Os adeptos do construtivismo jurídico utilizam outro referencial no estudo da *Soft Law*, para esses doutrinadores a *Soft Law* deve ser estudada de acordo com a efetividade das normas em seu grau de implementação social tomando como base uma classificação desse tipo de normas de acordo com o que foi chamado de dimensões das obrigações do tipo *Soft Law*.

A primeira dimensão das obrigações decorrentes da *Soft Law* são aquelas que se referem a uma norma que não é formalmente vinculativa, como no caso dos entendimentos de alguns órgãos da administração pública que não vinculam o judiciário ou em consensos internacionais, por exemplo.

De uma maneira muito básica e incompleta a primeira dimensão inicialmente embasa corretamente o conceito de *Soft Law* dentro da realidade internacional, porém esse conceito não justifica o fato da *Soft Law* se igualar a uma norma, pois se uma proposição possui forma de norma e preenche todas as características de uma norma por óbvio ela será uma norma e terá efeito vinculativo, de outro modo não será norma.

O Supremo Tribunal Federal já demonstrou seguir este primeiro conceito nos casos que envolvem as *Soft Laws*, conforme bem demonstra Min. Ricardo Lewandowski no trecho que segue:

...a natureza jurídica das normas que compõem a Declaração Universal dos Direitos do Homem é objeto de intensa controvérsia doutrinária, sendo certa, portanto, a inexistência de uma resposta única que as defina, categoricamente, como normas imperativas de direito internacional (*jus cogens*) ou como normas não vinculantes e indicativas de amplo consenso internacional (*soft law*)... (STF, MS 30894-DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/09/2011, DJe-183 23/09/2011)

Em contraste com a primeira dimensão, temos a segunda dimensão das obrigações decorrentes da *Soft Law*, nesta segunda classificação a norma é vista como sendo de conteúdo vago e como tal acaba por tornar sua implementação ineficaz, como ocorreu em algumas cidades brasileiras que tentaram implementar multas aos pedestres

que atravessassem a rua fora da faixa de pedestre e por não haver fiscalização suficiente não houve eficácia social.

A segunda dimensão das *Soft Laws* na verdade não se coaduna com o mundo dos fatos, já que uma norma, por mais que não possua um sentido inteligível não significa que ela deixou de ser norma, significa que ela pode perder sua eficácia social, mas sua eficácia jurídica existe a partir do momento em que ela é válida e vigente.

Ressalta-se que parte da doutrina ainda admite a existência de *Soft Law* nos casos em que não for possível a fiscalização da aplicação da norma por não existir órgãos ou pessoas responsáveis por esta função. Seria plausível esta conceituação para um país desprovido de fiscalização tanto por parte do executivo quanto do judiciário, pode-se adequar esta situação principalmente momentos históricos ditatoriais. (SHAFFER; POLLACK, 2009, p. 712)

Neste último caso, pode-se vislumbrar a possibilidade de não cumprimento da norma sem uma possível sanção, mas isso não se dá pela inexistência de uma sanção, mas sim pelo fato de inexistir um órgão competente que executasse esse tipo de sanção.

Mesmo seguindo aquele entendimento não se justifica alegar que a norma é do tipo *Soft Law*, já que a norma existe no sistema jurídico e pode haver sanção pelo seu descumprimento, de modo que a norma é válida, vigente e eficaz juridicamente, porém não há órgão que a fiscalize o que possivelmente tornará a norma ineficaz socialmente, mas ainda se trata de uma norma jurídica completa.

Temos ainda a corrente doutrinária que propõe que a *Soft Law* deve ser vista como uma fonte do Direito formada por todas as normas e princípios que podem ser invocados nos tribunais podendo alcançar os mesmos efeitos de uma norma. (SENDEN, 2004, p.3)

Igualmente, é possível dizer que *Soft Laws* fazem parte das fontes do direito e só se tornarão parte do Direito quando postas como normas individuais e concretas, porém não se pode igualar normas a *Soft Laws*, conforme será explicitado posteriormente.

Finalmente, doutrinadores dos Estados Unidos tem se manifestado no sentido de que *Soft Laws* não teriam forma vinculativa, pois não passam por processo de formação constitucional e, portanto não geram um caráter obrigacional imperativo. (GERSEN; POSNER, 2008, p.6)

Realmente não há de se falar em processo legislativo internacional que seja regulado por determinada constituição em particular, porém esperasse o mínimo de

diligência por parte dos legitimados ao aceitar os termos de normas internacionais. Inclusive é comum que alguns países não aceitem determinados tratados por apresentarem conteúdo diverso ao de sua legislação pátria, como no caso da Líbia que não é signatária da Convenção de Genebra por, dentre outros motivos, não abrigar em sua legislação o direito ao asilo político.

Assim sendo, mesmo a última corrente doutrinária parece equivocada ao tratar das *Soft Laws*, já que a forma utilizada para criação das normas no ambiente internacional não devem ser aquelas que vigoram em determinada constituição de um país, mas sim normas próprias que são baseadas num consenso geral dos entes políticos participantes daquele grupo internacional. (BROWNLIE, 1997, p.13)

É necessário destacar que caso haja necessidade de formalização dos tratados internacionais no âmbito de cada nação pactuante, para que eles possam produzir efeitos de caráter vinculativo, existirá então uma ineficácia prévia de qualquer tipo de norma criada no ambiente internacional.

Para análise este artigo se utilizará do conceito de *Soft Law* aplicado ao direito internacional que a reproduz como sendo uma norma que é criada no ambiente internacional sem caráter obrigacional imperativo. Assim, será considerado o caráter não vinculativo da *Soft Law* pelos países signatários desse tipo de norma.

5.3. Fontes do Direito

5.3.1. Fontes do Direito Interno

Primeiramente, há a necessidade de se diferenciar o que é o Direito e o que é Fonte do Direito para que se possa delimitar em qual das classificações melhor se enquadra a *Soft Law*, assim se poderá compreender quais seus efeitos no sistema jurídico internacional.

Para Hans Kelsen fonte do direito é o direito, sendo que o direito regula o direito em sua criação, assim todas as normas possuem um fundamento jurídico baseado em outra norma e assim a Constituição é a máxima fonte do direito. O que pode parecer controverso é que Kelsen também se atentava para determinados componentes

empregados na criação das normas tais como normas morais, a doutrina e os princípios sem descrevê-los como fontes do direito. (1999, p.258)

De outra monta, alguns doutrinadores distinguem fontes do direito como: formais ou materiais. Neste sentido, são fontes formais aquelas que determinam a forma como a norma se apresentará no mundo jurídico, tais como os princípios, a lei, os costumes. Ao passo que, são fontes materiais os fatos que dão base à criação de normas, em um sentido subjetivo seriam os motivos que ao serem vislumbrados no mundo real embasam a criação de uma norma. (DINIZ, 2006, p.256)

Norberto Bobbio apresenta visão diversa ao descrever fontes do direito como os fatos ou atos indispensáveis ao ordenamento jurídico para a produção de suas normas jurídicas. (1995, p.45)

Miguel Reale entende por fonte do direito os processos ou meios pelos quais as regras jurídicas se positivam com obrigatoriedade. Este doutrinador ainda distingue fontes do direito em três tipos: o poder estatal de legislar (expressão legal das fontes do direito); poder do judiciário (expressão jurisdicional das fontes do direito); poder social e cultural de uma sociedade (expressão consuetudinária das fontes do direito); poder particular em criar obrigações (expressão de autonomia privada das fontes do direito). (2004, p.139)

Partindo de outro referencial, Lourival Vilanova conceitua fontes do direito como a conjunção entre fontes formais e materiais que tem a função de produzir normas jurídicas, mas o curioso é que este autor se posiciona no sentido de que o direito positivo não se reproduz com base em outras normas do direito positivo, mas sim da realidade social já que enquanto fontes formais regulam o procedimento para criação das normas as fontes materiais se atentam ao fato ensejador do processo. (1999, p. 23-24)

Para efeitos de conceituação irá ser tomado como conceito de fontes do direito a ideia defendida pelo professor Paulo de Barros Carvalho que é enfático ao dizer que são fontes do direito os órgãos responsáveis pela criação de normas, bem como a própria criação das normas. (2008, p. 392)

Neste sentido, entende-se fonte do direito como algo capaz de gerar o direito, onde o direito seria representado por normas que são enunciados prescritos por linguagem competente e que ingressam no ordenamento jurídico. Tudo aquilo que não estiver descrito nos termos do que se apresenta como direito poderá ser fonte do direito, mas não direito propriamente dito. (CARVALHO, 2009, p.47)

5.3.2. Fontes do Direito Internacional Público

Embora as fontes do direito de modo geral sejam conexas, o Direito Internacional Público diferente do que se vê no direito interno não possui uma autoridade superior que subordine os Estados, no plano internacional existe apenas a vontade dos Estados quando em consenso que podem ou não levar a elaboração de uma norma. (PERASSI, 1957, p.135)

Em uma concepção positivista temos que o acordo de vontades é a fonte por excelência do direito internacional e neste contexto temos os tratados como acordos expressos e os costumes seriam acordos tácitos de vontade, sendo que o reconhecimento desses acordos pelos Estados é necessário para sua vigência e eficácia. (JÚNIOR, 2008, p.149)

De outro lado, a escola objetivista distingue fontes do direito como: criadoras e formais. Neste diapasão, temos que fontes criadoras seriam as fontes materiais anteriormente descritas que são as matérias que embasam a criação de uma lei ao passo que fontes formais seriam os meios que se utiliza para expressar as fontes materiais. (JÚNIOR, 2008, p.150)

As primeiras manifestações internacionais acerca das fontes do Direito Internacional vieram da Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, que estabeleceu a equidade e os princípios gerais de Direito como fontes para os casos de inexistência de norma que versasse sobre determinada demanda internacional. (MAZZUOLI; OLIVEIRA, 2011, p.58)

Posteriormente o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), veio trazer um dos mais respeitados rols relacionados às fontes do Direito Internacional Público. Trata-se de seu art. 38 que rege que:

A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;

As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;

Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

As decisões judiciais e as doutrinas dos publicistas de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a

determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59;
A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes. (2013)

Embora este seja o primeiro instrumento que elencou as fontes do Direito Internacional Público seu rol não é taxativo e serve como base para que os julgadores da Corte Internacional de Justiça apliquem o Direito ao caso concreto.

O descrito acima é perceptível pela visão de Dominique Carreau que dispõe que são fontes do direito internacional: os tratados; o costume de origem privada (usos comerciais internacionais); os princípios gerais do direito; jurisprudência interna e internacional e a doutrina. (CARREAU; JUILLARD; LOR, 1978, p.423)

Diante dessa realidade REUTER classificou as fontes do direito em: escritas (tratados) e não escritas (costumes); convencionais (tratados) e de base autoritária (lei internacional). Com base nas classificações anteriormente descritas passa-se a uma análise de cada uma das possíveis fontes do direito internacional. (1972, p. 103)

5.3.2.1. Os Costumes

Dentre algumas fontes do direito atual uma das que tem se destacado no ambiente internacional são os costumes, que vem sendo cada vez mais valorizados, pois com o rápido desenvolvimento mundial houve uma abreviação do tempo para o desenvolvimento dos costumes, como a noção de plataforma continental apresentada pelo presidente norte americano Harry S. Truman em 1945. (JÚNIOR, 2008, p.152)

Para JÚNIOR o costume, quando adequado a algumas condições, pode se tornar vinculativo criando obrigações e se tornando passível de invocação para solução de conflitos internacionais. Por este motivo, alguns Estados se opõem a determinadas práticas internacionais para evitar a constituição de costumes contrários aos seus interesses. (2008, p.154)

BOBBIO entende que o costume é fonte do direito quando considerado seu aspecto de valorização social que é oposto ao jusnaturalismo abstrato e também ao positivismo estatalista que predomina nas ideias de muitos doutrinadores. (2001, p. 64)

Alguns autores entendem que não existe hierarquia entre os tratados internacionais e os costumes, já que para que uma norma internacional seja válida ela

precisa estar adequada aos costumes daquela região, porém essa não é uma verdade pura já que pode existir um tratado que verse sobre matéria diversa a dos costumes e este tratado existirá exatamente para alterar os costumes daquele grupo.

Estes motivos que embasam a preferência dos tribunais internacionais em se fundarem primeiro nos tratados vigentes entre as partes para que posteriormente possam se utilizar dos costumes e princípios gerais do direito para decidirem suas demandas. (MAZZUOLI; OLIVEIRA, 2011, p.113)

Os costumes para alguns autores não correspondem ao conceito de direito e também não existem como fontes do direito, tendo em vista que somente vão interferir no mundo jurídico quando integrarem hipóteses normativas, ou seja, se não houver enunciado prescritivo o costume não será direito e conseqüentemente não interferirá em sua criação não sendo fonte do direito. (CARVALHO, 2009, p.491).

Imagine que um cidadão ligue para a polícia militar brasileira informando que seu vizinho está perturbando a paz e invoca a lei do silêncio como base legal para justificar tal requisição. De fato não existe lei do silêncio, mas com base no costume a polícia pode aplicar ao vizinho barulhento uma multa e será no exato momento da aplicação da multa que a linguagem competente passará a existir e conseqüentemente existirá fonte do direito e o próprio direito.

Nestes termos, considerando que os costumes não são fontes do direito e que o direito é a formalização de uma linguagem para que ela seja introduzida no sistema jurídico, os ordenamentos jurídicos baseados em normas consuetudinárias somente verão sua existência com a formalização dessa linguagem de maneira competente e somente neste momento se tornará de fato norma jurídica.

Finalmente, cabe ressaltar que os costumes poderão ser fontes do direito apenas quando o próprio direito interferir tornando regra as práticas costumeiras de modo a inserir normas no sistema jurídico que versem sobre determinada prática cotidiana. (MOUSSALEM, 2001, p.171)

5.3.2.2. A Doutrina dos Publicistas

Rege o art. 38 do Estatuto do CIJ que a doutrina dos publicistas é a segunda categoria de auxílio à determinação de normas jurídicas internacionais,

corroborando para o entendimento que para a Corte Internacional de Justiça a doutrina, desde que seja dos juristas mais qualificados das diferentes nações, é fonte do direito.

Para os doutrinadores que distinguem fontes do direito em formais e materiais a doutrina também é considerada fonte do direito na modalidade fonte formal, considerando que designa a formação do direito e dentro de quais parâmetros ele deverá ser elaborado.

No caso Alemanha contra Itália nota-se claramente o uso dos costumes inclusive demonstrando a possibilidade do costume ser equiparado a uma norma para efeitos de vinculação e imperatividade, conforme se nota no trecho que segue:

Neste contexto, Lord Bingham de Cornhill fez a declaração que lança uma luz sobre a questão determinante, uma vez que capta a essência do surgimento de costume no direito internacional: "A decisão Ferrini não pode, em minha opinião, ser tratada como uma declaração exata do direito internacional como geralmente se entende, e uma andorinha só não faz uma regra de direito internacional." (CIJ, Relato Integral nº2011/17, Presidente Hisashi Owada, julgado em 12/09/2011, tradução nossa)

Para outros autores a doutrina não é fonte do direito e também não é direito, pois seu cerne é descrever o que se considera direito, então não se trata de uma prescrição, mas sim de uma descrição, de modo que se ela descreve o direito não pode ser o próprio objeto de descrição e nem pode interferir no seu processo de formação. (CARVALHO, 2008, p.394)

Assim, embora a própria Corte Internacional de Justiça prescreva que a doutrina é fonte do direito para efeitos internacionais pode-se dizer que a realidade não se coaduna com a legislação, já que como demonstrado acima se trata de linguagens divergentes onde a primeira necessita da segunda para existir, mas que não são iguais entre si.

5.3.2.3. A Jurisprudência

Conforme entendimento majoritário, a jurisprudência se trata de uma forma de revelação do direito que se processa por meio do exercício da jurisdição como consequência de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais, seguindo este

posicionamento pode-se dizer que a jurisprudência cria o direito entre as partes é pode ser vista como direito positivo. (REALE, 2004, p. 167)

Por outro lado, ao analisar a deliberação dos tribunais acerca da criação de jurisprudência, nota-se que a jurisprudência é apresentada como uma atividade capaz de formar o direito, conseqüentemente teremos uma fonte do direito.

Há também quem suscite que a jurisprudência não é fonte do Direito, pois são decisões reiteradas de magistrados sobre determinada matéria e que podem ser utilizadas para o convencimento de um juiz em determinado momento, deste modo não são de fonte do direito, mas sim de fonte psicológica do direito.

Observa-se ainda a decisão do excelentíssimo desembargador Caputo Bastos que corrobora com este último entendimento quando diz que “Não ofende o princípio da irretroatividade novos posicionamentos sumulares, visto que jurisprudência não é lei e não se sujeita às regras de direito intertemporal...” (TST, AIRR 1508/2002, voto do Min. Rel. Caputo Bastos, DJ 22/02/2008).

Ao fazer uma análise do que se entende por jurisprudência conjuntamente com o já apresentado como sendo direito e fontes do direito é perceptível que a melhor acepção jurídica é que jurisprudência é direito ao mesmo tempo em que a atividade que a enseja, que é a de deliberação nos tribunais, é fonte do direito.

Tomando como base a ideia supramencionada, pode-se extrair que a jurisprudência é uma norma individual e concreta que somente terá condão de vincular e obrigar aqueles que são alvo das decisões e não a terceiros.

Assim, é plausível dizer que no direito internacional será da mesma maneira, isto é, nenhum país fica vinculado ou obrigado a seguir determinado entendimento das cortes internacionais pelo simples fato deste órgão já ter se posicionado em casos diversos de determinada maneira.

5.3.2.4. Tratados Internacionais

Os tratados internacionais são considerados por alguns estudiosos como as fontes por excelência do Direito Internacional, pois tem condições de prever obrigações e responsabilidades as partes acordantes de determinada questão.

Para esses autores os tratados, quando versarem sobre matéria ambiental, podem ser divididos em duas espécies: *umbrella treaty* (tratados guarda-chuva) ou

tratados quadro. Essas referidas “novas” formas de tratados internacionais são diferenciadas, pois se estabelecem sobre grandes bases jurídicas regulamentando situações que permeiam direitos e obrigações entre as partes, mas poupando para o futuro sua regulamentação detalhada.

Este tipo de norma internacional ambiental possui uma maior maleabilidade, pois facilita a elaboração e a atualização de normas que versem sobre matéria ambiental na área internacional, já que não possuem os mesmos formalismos que os textos principais que sofrem com procedimentos lentos e trabalhosos da comunidade internacional. (SOARES, 2003, p.175-178)

De outra monta, ACCIOLY classifica os tratados de acordo com sua natureza jurídica e neste sentido pode-se dividir os tratados em:

- Tratados leis ou Tratados normativos – que são celebrados entre diversas nações objetivando a criação de normas de direito internacional, por exemplo, a Convenção de Viena;

- Tratados Contratos ou – buscam regular, via de regra, uma relação bilateral entre Estados e por sua vez podem ser divididos em duas espécies:

- Tratados Contratos Executórios – dispõe sobre matéria permanente e por este motivo devem ser executados de imediato, como, por exemplo, nos tratados de permuta de territórios.

- Tratados Contratos Executados – regulam atos a serem executados no tempo sempre que ocorrer a subsunção do fato à norma, como ocorre nos tratados de comércio. (ACCIOLY, 1956, p.38)

Acompanhando este entendimento REZEK descreve os tratados internacionais como fontes do direito internacional por serem beneficiários de exatidão na forma escrita e que diferem das demais normas que precisam de interpretação doutrinária e jurisprudencial para que sejam aplicadas. (2000, p.262)

Neste caso, deve-se ater novamente a diferença entre direito e fontes do direito. Partindo dos pressupostos anteriormente utilizados é possível extrair que os tratados equivalem ao direito e não a fontes do direito, pois os tratados são normas impostas por um grupo de nações dentro de uma linguagem competente. Assim, não é possível classificar os tratados como fontes do direito, mas sim como direito propriamente dito, tendo em vista que o direito não cria o próprio direito.

No caso da criação de uma constituição percebe-se claramente que o direito não cria o próprio direito, assim como os tratados não são criados por outros

tratados, pois nenhuma norma vincula uma constituição no momento de sua criação, pois ela não é subordinada a nada e tem seus limites estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário e não pelo direito em si.

Mesmo em se tratando de tratados leis ou tratados contratos ambos criam direitos seja com efeitos erga omnes ou simplesmente inter partes, logo pode-se dizer que os tratados são o direito, pois foram postos no sistema por meio de linguagem idônea.

Desta maneira, embora os tratados sejam vistos inclusive pelo próprio CIJ como fontes do direito essa visão também não está correta em uma análise jurídica, pois se está diante de um direito e não de uma de suas fontes, no caso dos tratados sua fonte jurídica são as atividades que levaram a sua criação e os órgãos responsáveis por esses atos e não as legislações anteriores a própria norma.

5.3.2.5. Princípios Gerais do Direito Internacional

Outras das fontes de direito internacional, elencadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são os princípios gerais do direito internacional, que sofreram diversas críticas por citar a frase “reconhecido pelas nações civilizadas” o que propunha uma visão colonialista a um direito contemporâneo.

Embora atualmente se saiba que esta questão de superioridade já foi superada pelo direito contemporâneo os princípios gerais do direito ainda são considerados pela Corte Internacional de Justiça como fontes do direito internacional e são vistos como expressão do Direito Internacional Público.

Diferente de outras fontes como os costumes, os princípios gerais tem encontrado grandes dificuldades de aplicação na seara internacional, principalmente por ocorrência de divergências entre nações por motivos de interesses particulares. (MAZZUOLI; OLIVEIRA, 2011, p.126)

Para alguns doutrinadores os princípios gerais do direito, embora não tão utilizados atualmente são fundamentais para fornecer elementos interpretativos ao Direito Positivo, o que faz dos princípios gerais uma das fontes bastante relevantes no direito internacional. (ACCIOLY, 1956, p.33)

Os doutrinadores que posicionam os princípios gerais do direito como fontes do direito internacional possuem duas teses acerca desse tema. A primeira é de

que os princípios gerais do direito são fontes materiais do direito e somente o juiz poderia formulá-los, sendo de uso somente da Corte.

A outra corrente afirma que eles constituem uma fonte autônoma do direito internacional e que estão consagrados na legislação internacional, mais precisamente nos tratados internacionais. (MELLO, 2000, p.303)

Mais uma vez temos a situação em que há confusão entre fontes jurídicas do direito e fontes sociológicas, assim como nos demais casos os princípios somente serão relevantes na sistemática jurídica quando introduzidos como normas de outro modo não alterarão ou criarão direito, por este motivo não são fontes do direito.

6. A Segurança Jurídica das *Soft Laws* no Direito Ambiental Internacional

Conforme descrito preliminarmente, a *Soft Law* é descrita basicamente sob dois focos distintos, sendo que o primeiro é de que a *Soft Law* é uma exceção ao que se entende por normas, já que não possui sanção. Em outra vertente temos quem diga que as *Soft Laws* não são exceção e que seu cumprimento é imperativo, de modo que não existem *Soft Laws* no Direito.

No contexto internacional o conceito que mais se apresenta é o de *Soft Law* sendo uma norma que foge a regra, não possuindo uma sanção. Alguns autores como Norberto Bobbio corroboram com o entendimento que podem existir normas sem sanção.

Ocorre que em uma análise jurídica das *Soft Laws* pode-se dizer que elas se tratam de normas, formadas de comum acordo entre Estados e que são estabelecidas dentro de uma linguagem competente em um sistema jurídico. Assim, pode-se dizer que ela é de cumprimento imperativo, já que possui todos os pressupostos necessários para tanto.

Contudo, uma norma cogente que não possui sanção seria como dizer ao faminto para não comer sem motivo aparente, logo percebe-se que a *Soft Law* em seu conceito básico é extremamente passível de ineficácia social o que demonstra que embora os Estados signatários acordem determinadas normas a título de demonstrar um certo empenho social entre eles, nenhum estaria realmente disposto a abrir mão de determinados direitos em detrimento de um bem comum.

Assim, para que as normas do tipo *Soft Law* possam ser cobradas com efeito de gerar punições os países que se sentirem lesados devem ingressar em juízo nas Cortes Regionais e Cortes Internacionais de Justiça.

No entanto, isso poderia gerar uma atribulação entre nações o que inviabiliza que países com menor representatividade internacional acessem o judiciário por existir a possibilidade de sofrer retaliações por parte daqueles de maior relevância internacional.

Por estes motivos as normas do tipo *Soft* são extremamente inseguras juridicamente e acabam por destacar um lado perverso e discriminatório que não se vê desde o colonialismo.

O modo que aparenta maior realismo ao lidar com as *Soft Laws* atualmente é de que para alguns Estados privilegiados são normas que geralmente não possuem sanção, ao passo que para outros Estados a *Soft Law* deve ser interpretada como mero aconselhamento quanto a determinados fatos.

Por estes motivos de ordem jurídica e social a *Soft Law* não pode mais ser tratada dessa maneira, pois ou ela se apresenta para todos como uma *Hard Law* que possui efeitos vinculantes ou simplesmente é um mero aconselhamento o que pode por em cheque muitas das relações internacionais que temos atualmente.

Partindo dos estudos precedentes pode-se dizer que se o direito é criado pela formalização de uma linguagem para que seu enunciado se incorpore ao sistema jurídico. Como tal os enunciados de direito internacional que passam por um processo de elaboração coerente entre partes capazes sobre um objeto possível não fazem exceção à regra, sendo considerados como normas vinculativas e cogentes.

Para que as *Soft Laws* existam realmente com o intuito de não gerar vinculação a seus signatários, primeiramente deve ser alterada sua nomenclatura, pois o antagonismo impera em se tratando de *Soft Laws*. Por conseguinte, o acordo firmado deve ser expreso e nítido quanto à inexistência de vinculação e imperatividade inerentes ao documento, pois somente assim a invocação destes enunciados em um processo judicial será considerada a título de provas factuais e não normas.

É importante ressaltar que historicamente as nações somente se uniram durante o enfrentar de um inimigo comum, nos demais casos as reuniões internacionais apresentavam uma conotação de encontro amistoso entre nações, mas muito dificilmente com intuítos unificadores que pretendam garantir direitos das coletividades.

Infelizmente os problemas ambientais mundiais não estão sendo tratados como os inimigos comuns, somente são vistos assim quando os danos ambientais possam gerar em curto ou médio prazo a degeneração da raça humana ou o fim da sua qualidade de vida.

Em última análise nota-se que a comunidade internacional ainda tem muito que evoluir até alcançar patamares de confiabilidade e transparência entre seus entes a ponto de garantir suficiência para que o Direito Ambiental Internacional se desenvolva sem que a burocracia supere a efetividade social de suas normas, mas até que isso se resolva a população continuará a mercê de legislações como as *Soft Laws* que regulamentam os interesses daqueles que melhor lhes convir.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*, 2 ed. Rio de Janeiro, 1956, 1v.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2001.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. 1ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick; LOR, Thiébaud. *Droit International Économique*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 1998.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito: O constructivismo Lógico Semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado) - Puc, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª. ed. São Paulo, Noeseg, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUPUY, Pierre Marie. *Soft Law and the international law of the environment*. Disponível em: <<http://data.sfb.bg.ac.rs/sftp/foper2/Dupuy%20-%20Soft%20Law%20and%20the%20international%20law%20of%20the%20environm ent.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

- JÚNIOR, Alberto do Amaral. *Noções de Direito e Direito Internacional*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999.
- MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 12 ed. São Paulo, 2000, 1v.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *As fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NAÇÕES UNIDAS, *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/downloads_2005/consilium_04_07.pdf>. Acesso em: 01/07/2013.
- PERRASI, Tomaso. *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi*. Roma: Giuffrè, 1957. 1 v.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- REUTER, Paul. *Introduction au droit des traits*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1972.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz De. *Lançamento Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SENDEN, Pinda. *Soft Law in European Community Law*. Portland: Hart Publishing, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- STONE, Julius. *Legal System and Lawyers Reasonings*. Stanford: Stanford University Press, 1964.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.