

## **Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft law**

Salem Hikmat Nasser

## **Resumo**

O tema do desenvolvimento evidencia o problema da adequação da ordem jurídica internacional aos valores da sociedade dos Estados e de sua capacidade para realizar a justiça. Especialmente a partir do grande movimento de descolonização do terceiro quartel do século XX a temática do desenvolvimento foi um motor da transformação do direito internacional, tanto nos seus conteúdos quanto na sua estrutura. No que respeita a esta última, o principal instrumento de afirmação dos valores dos novos Estados e de seu direito ao desenvolvimento, as resoluções da Assembleia Geral da ONU, encarnam a mutação do costume internacional e são exemplo do novo fenômeno da *soft law*.

**Palavras chaves:** Desenvolvimento, costume internacional, *soft law*, direito internacional.

## **Abstract**

The theme of development brings about the problem of international law's adequacy to the interstate society values and of its capacity to establish justice. Development has been, especially after the ending of the colonial system, after the second world war, the transforming force for the international law. Transformation has taken place in the content as well as in the structure of that legal order. In what concerns the structure, General Assembly's resolutions, used as instruments for the affirmation of new values and a right to development, have represented the mutation of international customary law and are illustrations of the *soft law* phenomenon.

**Keywords:** Development, International Law, International custom, *soft law*.

## **Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft law.**

**Por: Salem Hikmat Nasser\***

### Direito, Valores e Necessidades Sociais.

Sabe-se que há uma conexão, sempre ideal, e nunca perfeita, entre o direito e a idéia de justiça.

Na realidade, uma norma de uma dada ordem, e a própria ordem no seu todo, podem ser vistas como mais ou menos justas e mais ou menos legítimas. Ou seja, é sempre possível discutir o caráter justo e legítimo do produto da elaboração e aplicação das normas jurídicas, bem como dos resultados e do funcionamento global de uma ordem jurídica.

A possibilidade desse questionamento provém essencialmente do fato de que tanto os valores que incorporam e revelam o que é “justo”, quanto a avaliação dos resultados da regulação jurídica, são relativos. Assim, a justiça, que pode ser descrita como um valor humano que tende ao absoluto, só se realiza na práxis social de forma incerta e relativa, de forma fundamentalmente evolutiva.

Uma ordem jurídica qualquer deve, idealmente, tender ao equacionamento dos argumentos de legitimidade e de justiça, e à realização de resultados que mais se aproximem do justo ideal.

Um elemento, dentre os vários possíveis, que permitiria julgar assim uma ordem jurídica é a consideração de sua real adequação aos objetivos de preservar os valores vigentes numa dada sociedade e de atender às necessidades sociais.

A adequação e correspondência da ordem jurídica com os valores e as necessidades dependerão, por suposto, dos conteúdos materiais das normas, mas também das qualidades

---

\* O autor gostaria de agradecer à Srta. Natasha Caccia pela revisão crítica do texto e sugestões feitas.

formais (técnicas se quisermos) das mesmas. Em outras palavras, para avaliar a correlação entre o direito e as condições sociais, é preciso certamente atentar para os comandos, proibições, permissões e quaisquer outros conteúdos normativos, mas é igualmente preciso observar quem produz esse direito e como o faz, a quem se dirigem suas normas e qual o alcance e a força destas.

É a hipótese deste texto que o tema do desenvolvimento abriu um intenso debate sobre a adequação do direito internacional, em ambos os sentidos. Aqui, tratar-se-á apenas incidentalmente do conteúdo material das normas do direito internacional na matéria. A atenção estará centrada nas transformações dos modos de produção do direito e dos tipos de normas que ele contém.<sup>1</sup>

Tanto a ordem jurídica quanto os valores que, supõe-se, ela deve proteger, assim como as necessidades a que deve garantir resposta, existem sempre no âmbito de uma dada sociedade, cujas características devem determinar as funções básicas e as características essenciais do direito que nela se produz e se aplica.

### O Direito Internacional e o Desenvolvimento.

O direito internacional é o direito da sociedade internacional. Ao menos para efeitos de delimitação deste direito, pode-se dizer que esta sociedade é composta por Estados soberanos e iguais. Disso resulta que, segundo consenso doutrinário consagrado pelo tempo<sup>2</sup>, as funções essenciais desse direito consistem em garantir a coexistência dos Estados e favorecer a cooperação entre eles, ou seja, assegurar a coesão da sociedade internacional. Tais funções estariam suportadas por uma terceira, basilar, que é a preservação da soberania territorial.

---

<sup>1</sup> A possibilidade de se fazer um estudo “normativo” do direito, como pretendemos fazer neste texto, ao invés de um outro centrado no conteúdo material do mesmo, está inspirada, sobretudo, nos escritos de Prosper Weil, especialmente em “Le droit international en quête de son identité” e “Vers une normativité relative en droit international”, publicado originalmente na *Révue Générale de Droit International Public*, 1982, p. 5-47. Estes e outros artigos que sintetizam o pensamento do autor foram publicados em obra compilatória (WEIL, P. *Écrits de Droit International*, PUF, Paris, 2000).

<sup>2</sup> Citemos apenas para ilustração os exemplos de WEIL nas obras citadas acima, e CARRILLO SALCEDO, J.A, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 15.

Coexistência e cooperação têm inspirado a evolução do direito internacional, quer nos seus aspectos materiais, quer nos formais e técnicos. Foi assim que, para ficarmos apenas no século XX, quando ocorreram as mais espetaculares transformações desse direito, proscreeu-se a guerra e o uso e ameaça da força, surgiram e floresceram as organizações internacionais e a diplomacia, bem como os tratados internacionais converteram-se ao multilateralismo.

Coexistência e cooperação não inspiram apenas isoladamente, cada uma, o direito internacional e sua evolução, mas também a articulação entre ambas assume essa influência. Tornou-se lugar comum dizer que a dimensão (ou a lógica) da cooperação tem ganhado precedência, ou ascendência, sobre aquela da coexistência nas relações entre os Estados, e isso transparece no direito internacional.<sup>3</sup>

A crescente importância da cooperação enquanto função e objetivo do direito internacional resulta fundamentalmente (mas não de forma exclusiva) da percepção da inevitável e crescente interdependência dos Estados e, numa certa medida, do reconhecimento da existência de um verdadeiro “destino comum”.<sup>4</sup>

Em outras palavras, cooperação, e coexistência resultam e se definem a partir dos valores e das necessidades verificadas na sociedade internacional.

Ao longo do século XX e de forma especialmente intensa após a segunda grande guerra, as transformações na sociedade dos Estados expuseram um conflito entre novos e antigos valores, entre as necessidades de uns e interesses de outros.

---

<sup>3</sup> Ver nesse sentido CARRILLO SALCEDO, J.A. em “*El derecho internacional em un mundo en cambio*”, Tecnos, Madrid, 1985.

<sup>4</sup> Alexander WENDT, em seu livro “*Social Theory of International Politics*,” diferencia a interdependência do destino comum pelo fato de que a primeira implica que os bens e perigos resultam das relações entre os atores enquanto no segundo estes bens e perigos são os mesmos para todos os atores, independentemente de suas relações.

O aspecto principal dessas transformações foi, sem sombra de dúvida, o acesso à independência e ao *status* de Estados soberanos de inúmeros povos da Ásia, especialmente durante a década de 40, mas também na primeira metade dos anos 70, e da África, começando em meados da década de 50 e se estendendo pelos dois decênios seguintes, e que sofriam do que podemos chamar de “déficit de desenvolvimento”.

Esses Estados pretenderam uma reforma profunda da ordem anterior e promoveram idéias que, uma vez implementadas, criariam uma “nova ordem internacional”. Essa nova ordem, essencialmente econômica, mas também política e jurídica, implicava a incorporação, pelo direito, de alguns novos princípios, regras e mecanismos; implicava a adaptação do direito aos novos valores e às necessidades do grupo, de seus novos sujeitos, representativos de grande parte da humanidade.

É claro que os novos Estados africanos e asiáticos não estavam sozinhos nessa campanha por uma ordem mundial diferente e mais justa. Afinal, as necessidades no campo do desenvolvimento e da independência política não eram exclusividade dos recém chegados à sociedade interestatal. O advento das independências deu, no entanto, ímpeto e força ao movimento contestador e reivindicador que se articulou em torno de dois movimentos organizados e quase institucionais, o Grupo dos 77<sup>5</sup> e o Movimento dos Países não Alinhados,<sup>6</sup> compreendendo a quase totalidade dos países em desenvolvimento.

As reivindicações resultaram, nesse momento histórico e desde então, na incorporação de princípios gerais pelo direito internacional, tais como a autodeterminação política e econômica dos povos, a soberania sobre os recursos naturais, a igualdade soberana dos Estados, temperada pela correção das desigualdades reais, dentre outros.

---

<sup>5</sup> Sua formação começa a ser ensaiada no Cairo, em 1961, e é oficializada quando da realização da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, em Genebra, em 1964.

<sup>6</sup> Movimento social de pequenos e médios países, comprometidos com o não alinhamento durante o período da Guerra Fria, bem como com a paz e o desarmamento. Esses compromissos resultam de suas várias conferências que, além das preocupações de natureza política, expressam também reivindicações de natureza econômica.

O mais importante desses princípios talvez seja o que consagra um “direito ao desenvolvimento,<sup>7</sup>” de que são titulares Estados, povos e indivíduos.<sup>8</sup>

Para além dessa afirmação e incorporação de princípios, deu-se a construção gradual de um regime jurídico do desenvolvimento, um “direito internacional do desenvolvimento”.

Esse regime jurídico não se encontra apenas no direito internacional público. Ele se forma, na verdade, na confluência do direito internacional com o direito interno e o chamado direito transnacional. Além disso, tem como principal característica o fato de ser um direito orientado, definido “menos por seu âmbito de regulação que pelo objetivo que persegue”.<sup>9</sup> Trata-se de um direito de antecipação e de finalidade, que pensa a sociedade futura e, por isso mesmo, compõe-se de regras positivas e prospectivas.<sup>10</sup> Substancialmente, é um direito articulado em torno dos controles que os Estados em desenvolvimento detêm sobre as atividades econômicas em seu território, das transferências de conhecimento e de capitais em direção a esses Estados e de regimes especiais no campo do comércio internacional.<sup>11</sup>

No entanto, esse resultado final não é atribuível apenas à afirmação, pelos países em desenvolvimento, de determinados valores e necessidades, ou mesmo à conscientização da comunidade internacional acerca da importância dos mesmos.

O resultado final, o direito e suas normas em determinado tempo, constitui o equacionamento das tensões entre valores conflitantes, entre necessidades individuais ou coletivas, entre interesses de uns e outros, mas também espelha as relações de poder e força na sociedade. O direito resulta, portanto, de um complexo de relações entre valores, necessidades e possibilidades.

---

<sup>7</sup> SALMON, J., *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant/AUF, Bruxelas, 2001.

<sup>8</sup> De fato, há uma tendência em reconhecer o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental dos seres humanos.

<sup>9</sup> FEUER, G. e CASSAN, H., “*Droit international du développement*”, 2ª ed. Dalloz, Paris, 1991, p. 24.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>11</sup> Para um panorama completo, ver FEUER, G. *ob. cit.*

De fato, no que diz respeito ao direito internacional do desenvolvimento, pode-se dizer que não foi bem sucedido nas suas intenções de reformular por completo a ordem internacional, “substituindo aquela antiga, injusta e perimida, por uma nova, mais racional e eqüitativa”.<sup>12</sup> Os grandes princípios inspiradores da nova ordem econômica internacional não foram incorporados ao direito positivo senão de maneira parcial.

O direito substantivo, material, pode-se dizer, reflete as condições sociais que presidiram sua evolução, mas é possível questionar a adequação desse mesmo direito, na sua materialidade, aos valores e às necessidades que foram revelados na última metade de século. Com efeito, é possível sustentar que esse direito não produz os resultados para os quais se orienta(va), pois deveria garantir aos Estados as condições favoráveis ao seu desenvolvimento.

A problemática do desenvolvimento, combinada com as condições factuais da sociedade internacional no momento em que surgiam os novos Estados, trouxe desafios ao direito internacional, não só no seu conteúdo, mas na sua “normatividade”. A ordem anterior, na sua dimensão jurídica, viu-se contestada não só na essência de suas normas, mas também nos seus mecanismos de criação e nas diversas modalidades normativas que produzia.

Como dito antes, ao direito internacional são atribuídas, tradicionalmente, algumas características relacionadas ao caráter interestatal da sociedade internacional. Numa sociedade em que não há um poder central e na qual os atores estão organizados horizontalmente, todos autônomos e independentes (ao menos em tese), e tendo por funções a coexistência e a cooperação entre esses mesmos agentes, o direito internacional só pode ser produzido por eles mesmos, já que não reconhecem autoridade que lhes seja superior e a quem estejam submetidos. Mesmo para os que não professam a fé no fundamento voluntarista para o direito internacional, é inegável que a produção desse direito dependa em grande parte da vontade dos Estados.

---

<sup>12</sup> FEUER, G. e CASSAN, H. ob. cit, p. 20.

A vontade, concertada, é definidora de uma das fontes principais desse direito; sem um encontro de vontades não há, efetivamente, tratados internacionais. O papel do aspecto volitivo na produção dos costumes, a outra fonte importante, é mais discutível, tendo tanto defensores quanto detratores. Para os voluntaristas, o costume se produz pela vontade tácita, para os objetivistas, ele nasce espontaneamente. Como quer que seja, o costume é tradicionalmente associado à consagração de práticas generalizadas no tempo.

A violência (real e simbólica) do movimento de descolonização, bem como a luta pela construção de uma nova ordem econômica mundial, não se poderia combinar com a espera por uma gradual e demorada construção dos novos costumes; tampouco poderia recrutar as vontades dos que discordavam dos novos rumos para a celebração de tratados internacionais. Assim, era preciso buscar novos modos de criar um direito diferente. Disto resultaram o chamado *costume selvagem* e a *soft law*.

#### Desenvolvimento e Costume Internacional.

O costume é fonte do direito internacional tão fundamental quanto misteriosa.<sup>13</sup>

A doutrina lhe reserva tratamento que oscila entre a condenação à irrelevância, provocada pelo avanço do direito escrito, e o diagnóstico de um papel preponderante, continuado e sempre renovado.<sup>14</sup> De nossa parte, acreditamos que ainda seja a fonte por excelência desse direito internacional em contínua evolução.

A sua conceituação usual e consagrada, tanto pelo próprio costume internacional<sup>15</sup> quanto pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>16</sup>, fundamenta-se na coexistência de dois elementos: a prática generalizada e a *opinio juris*.

---

<sup>13</sup> “Le mystère de la coutume tout d’abord, demeure entier, aussi dense et impénétrable que jamais.” WEIL, Prosper, “L’avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires: deux lectures possibles” in *Écrits de droit international*. Paris: PUF, 2000, p. 58.

<sup>14</sup> Para uma ilustração muito interessante desse fluxo e refluxo na teoria do costume internacional, consultar, especialmente na sua introdução.

<sup>15</sup> Pensamos, com efeito, que é o fato dos Estados acreditarem ter a obrigação jurídica de se comportarem de acordo com as práticas consagradas por eles mesmos, e que acreditam serem obrigatórias, que define o costume como fonte do direito internacional. Em outras palavras, o costume define o costume.

A prática é generalizada no sentido de que deve ser uniforme, constante e contínua. A *opinio juris* é a convicção de que essa prática generalizada constitui-se numa prática juridicamente obrigatória, um *dever ser*. Os costumes podem ser gerais (universais), regionais ou mesmo bilaterais.

Um problema central do costume internacional diz respeito à possibilidade de se opor uma norma costumeira a países que não participaram diretamente da construção da prática nem da elaboração da *opinio juris*. Parece consagrada a idéia de um costume internacional equivalente em significado ao “direito internacional geral”, um direito oponível aos Estados em geral (todos, quando universal, os de uma parte do globo, quando regional), independentemente de sua participação direta na produção das normas costumeiras.

Em todo caso, esse costume internacional, constituído pela relação necessária entre prática generalizada e convicção de juridicidade, é obrigatório para todos os Estados ou apenas para um grupo, consolida-se no tempo.

A dúvida que se coloca consiste em saber quanto tempo é necessário para essa consolidação. Não há resposta precisa a esta questão. O processo costumeiro se dá por fases: passa-se da conduta neutra juridicamente à prática relevante para o direito, daí para a construção da norma e finalmente para a definição de seu alcance.<sup>17</sup> O período necessário ao desenrolar desse processo pode variar, e é certo que é reduzido pela aceleração e transformação das relações sociais internacionais. Todavia, deve-se perguntar, até onde se pode acelerar o processo costumeiro sem que ele perca o caráter de *processo* e *fonte* costumeira? Em outras palavras, o conceito de costume pode aceitar a inclusão de regras nascidas menos de um “processo” e mais de um “instante”?

---

<sup>16</sup> Que prevê que a Corte, “cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito”.

Quando do surgimento dos novos Estados e da sua militância a favor de uma nova ordem internacional, dois foram os principais efeitos sobre o direito costumeiro internacional.

Por um lado, houve um forte questionamento das normas costumeiras anteriormente consagradas. Desafiar a ordem anterior, injusta e perimida, significava em grande medida negar legitimidade às normas que foram produzidas numa sociedade anterior, em que os novos Estados não existiam senão como colônias, protetorados ou territórios dependentes, e que, por essa mesma razão, não participaram desse processo de criação normativa. Desafiava-se, portanto, normas e conteúdos que espelhavam a ordem social anterior, e em cuja elaboração não participaram. Dizer que a ordem e as normas anteriores já não valem não bastava, no entanto.

É por isso que, por outro lado, tentou-se impor o reconhecimento da existência (ou ao menos o nascimento) de novas regras costumeiras mais apropriadas ao momento histórico. Para tal, advogou-se a possibilidade de os costumes nascerem de forma instantânea ou de modo *selvagem*.<sup>18</sup>

O costume instantâneo consiste na admissão, em tese, de que a regra costumeira possa nascer baseada num único comportamento ou numa prática insipiente, desde que se possa identificar uma convicção razoavelmente generalizada de sua obrigatoriedade.

O conceito próximo, mas não idêntico, de *costume selvagem*, significa que, contrariamente ao que seria comum no surgimento da norma costumeira, a *opinio juris* surgiria antes da prática.

---

<sup>17</sup> Sobre este trio, formalização, "normatização" e alcance, ver CAHIN, ob. cit., que constrói sua tese sobre as influências da institucionalização sobre o costume.

<sup>18</sup> A distinção entre costume comportado e costume selvagem foi publicada por Dupuy, R.-J., Coutume sage e coutume sauvage in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris: Pedone, 1974, p. 75-87, artigo que se consagrou e que foi posteriormente republicado em DUPUY, René Jean, *Dialectiques du Droit International*. Paris: Pedone, 1999.

Ambos os fenômenos, portanto, redundam numa preponderância do elemento denominado subjetivo ou psicológico do costume. A convicção da existência da norma jurídica seria mais importante do que a verificação de uma prática generalizada que a suporte e confirme.

A prevalência da *opinio juris* ganha sua dimensão mais problemática quando se leva em conta a identificação do costume com o direito internacional geral. O raciocínio é o que segue: a convicção que se deve demonstrar é geral e não unânime; uma vez demonstrada, apesar da ausência da prática generalizada, estabelece a existência de uma norma jurídica que obriga o conjunto dos Estados, incluídos aqueles que não compartilhavam dessa crença na sua juridicidade.

Como já foi dito, o costume é uma fonte complexa. Apesar da aparente simplicidade dos dois elementos, identificar a prática relevante e verificar a existência da *opinio juris* são tarefas das mais difíceis. Atualmente, essa complexidade ganha ainda mais profundidade. Anteriormente, o exercício consistia em verificar a *existência* da norma costumeira; hoje, à luz das novidades, consiste em verificar seu *nascimento*, enquanto este se dá.

Seja como for, a tentativa dos Estados novos de fazer reconhecer a existência de novas normas, fundadas em princípios por eles considerados mais justos e, portanto, destinados a um *status* jurídico,<sup>19</sup> (independendo essa existência normativa da prática anterior), tem necessariamente como efeito colateral uma potencial transformação profunda da estrutura normativa do direito internacional.

Resta tratar dos mecanismos utilizados para a afirmação dos princípios e da realidade da nova *opinio juris*.

Os novos Estados se beneficiaram da dupla circunstância de sua maioria numérica e da institucionalização das relações interestatais. De fato, os Estados surgidos da

---

<sup>19</sup> DUPUY, P.-M., “*Droit International Public*”, Dalloz, Paris, 1992, p.277.

descolonização, integrando o grupo mais amplo dos Estados em desenvolvimento, faziam agora parte do grupo mais numeroso. Com a crescente transformação da ordem internacional e sua passagem do estágio puramente relacional a um estágio mais institucional, e a marcante participação do conjunto dos Estados nas organizações internacionais, especialmente a ONU, esta se revelou o foro mais apropriado para se fazer ouvir os argumentos pela nova ordem e fazer valer a força dos números.

Como essa força numérica só tem sentido nos órgãos plenários, assim o campo em que se deu o combate em torno das novas demandas foi naturalmente a Assembléia Geral da ONU. Os instrumentos de que se armaram os novos Estados foram as resoluções dessa assembléia, que serviram como veículos de inúmeras declarações e recomendações, planos de ação que incorporavam os novos valores e pretendiam atender às necessidades sociais.

É claro que a Assembléia Geral produziu, desde a constituição da ONU, milhares de resoluções. Apenas algumas delas pretendem ser a expressão da nova *opinio juris*, a qual deveria ser obrigatória e inevitavelmente seguida pela prática. Saber quais depende de um estudo pormenorizado, caso a caso, do teor de cada resolução, das circunstâncias de sua adoção, e da prática subsequente dos Estados.

As primeiras coincidem com o início da descolonização africana e com a entrada de novos Estados na organização, a partir de 1960<sup>20</sup>, sendo as mais importantes a “Declaração sobre a independência dos países e dos povos coloniais”<sup>21</sup>, a “Estratégia para a primeira década das Nações Unidas para o desenvolvimento”<sup>22</sup> e a “Resolução sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais”.<sup>23</sup>

É igualmente significativo que uma resolução da Assembléia Geral<sup>24</sup> tenha sido adotada para acolher uma Declaração da Conferência de 31 países no Cairo, anterior à

---

<sup>20</sup> Em 1960 surgem 18 novos Estados no continente africano, e 16 são admitidos nas Nações Unidas. Baseado em TRUYOL Y SERRA, A. “*La sociedad internacional*”, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 197 e 216.

<sup>21</sup> Res. 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960.

<sup>22</sup> Res. 1710 (XVI) de 19 de dezembro de 1961.

<sup>23</sup> Res. 1803 (XVII) de 1962.

<sup>24</sup> Res. 1820 (XVII) de 18 de dezembro de 1962.

formação do Grupo dos 77, mas que lançou as suas bases. Essa resolução apresenta um interesse ainda maior quando se leva em conta que inspirou a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (CNUCED), realizada em Genebra em 1964, e que se constituirá a partir de então em órgão permanente da organização.<sup>25</sup>

Por outras resoluções definiram-se estratégias para a segunda e terceira Décadas das Nações Unidas para o desenvolvimento,<sup>26</sup> a “Declaração e Programa de Ação sobre a instauração de um nova ordem econômica internacional”,<sup>27</sup> a “Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados.”

Dentre essas resoluções inaugurais do direito do desenvolvimento, as primeiras foram aprovadas com tranqüilidade, tanto por países desenvolvidos quanto por aqueles em desenvolvimento, enquanto que as outras foram objeto de vivas controvérsias. De modo geral, pode-se dizer que a cisão foi se estabelecendo à medida que ganhava curso a idéia de fazer equivaler a aceitação das resoluções e o comprometimento com uma nova *opinio juris*, e à medida que as resoluções foram ganhando conteúdos mais detalhados e precisos.

Em conclusão, sobre o tema do costume internacional, deve-se dizer que as resoluções serviram de instrumento àqueles que tentavam demonstrar o nascimento ou afirmar a existência de normas e regras de costume resultantes de um processo de formação normativa diferente, mas ainda assim, costumeiro.

Essas resoluções, no entanto, são também as primeiras expressões de um fenômeno que se relaciona com a mutação do costume internacional, mas com ele não se confunde: a *soft law*.

### Desenvolvimento e *Soft law*.

---

<sup>25</sup> Res. 1995 (XIX) de 1964. A CNUCED será a partir de então o porta-voz da campanha pela adoção de regras derogatórias do direito internacional comum, tentando fazer avançar o objetivo do desenvolvimento. Ver FEUER, G. e CASSAN, H. ob.cit., pg. 14.

<sup>26</sup> Res. 2626 (XXV) de 24 de outubro de 1970 e Res. 35/56 de 5 de dezembro 1980.

O fenômeno da *soft law*<sup>28</sup> manifesta-se de duas maneiras distintas no direito internacional ou no conjunto mais amplo da regulação normativa, jurídica e não jurídica.

O primeiro desses meios ou mecanismos é o que se poderia chamar de *soft law* material ou substancial. Diz esta respeito às características substanciais das normas jurídicas, às obrigações por elas criadas, à sua precisão, ou bem às conseqüências de suas violações. As normas do direito internacional, especialmente as contidas nos tratados internacionais, serão consideradas *soft* se possuírem uma ou várias das seguintes características: disposições genéricas de modo a criar princípios e não propriamente obrigações jurídicas; linguagem ambígua ou incerta impossibilitando a identificação precisa de seu alcance; conteúdo não exigível, como simples exortações e recomendações; ausência de responsabilização e de mecanismos de coercibilidade (tribunais).

Ora, é possível fazer reservas tanto ao uso da expressão *soft law* quanto ao seu próprio conceito nas condições acima descritas. Em primeiro lugar, todo direito contém princípios ao lado de regras, todo direito, necessariamente expresso na forma lingüística, conhece um certo grau de incerteza e ambigüidade. Todo direito faz uso de alguma dose de exortações a bem agir. Essas razões não são suficientes à qualificação de um direito como sendo “mole”, ou “menos direito”. Além disso, se é verdade que em geral se espera a obtenção da garantia jurisdicional para a satisfação do direito material, é também verdade que isso é excepcional no caso do direito internacional, e nem por isso está-se em presença de menos direito.

O que parece mais plausível é sustentar que essas manifestações de flexibilidade e incerteza, conhecidas do direito desde sempre, são mais comuns no direito internacional. Este seria, na linguagem dos defensores da *soft law*, um direito mais *soft* por natureza e no seu conjunto.

---

<sup>27</sup> Res. 3201 e 3202 (S-VI) de 1º de maio de 1974.

<sup>28</sup> Para um panorama geral sobre o fenômeno, conferir Baxter, R. R., International Law in “Her Infinite Variety”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 29, out, 1980, p. 549-566.

O direito internacional do desenvolvimento, assim como outros ramos do direito internacional,<sup>29</sup> é um domínio em que proliferam essas expressões de uma normatividade relativa. Nele, a combinação da necessidade da ação centrada no longo prazo e a complexidade dos problemas, ligada tanto à sua dimensão propriamente técnica ou social, quanto aos interesses divergentes, faz com que surjam em abundância as soluções de compromisso, em que os Estados se “obrigam” a colaborar, a trabalhar em conjunto e a envidar esforços, enunciam princípios gerais, e valem-se de ambigüidades.

A segunda forma de *soft law*, no entanto é a que mais apresenta interesse e é a que está mais conectada com a transformação dos modos de produzir direito internacional. Ela consiste na tese de que se pode criar direito internacional através de mecanismos *soft*. Isso implica, no fundo, a revolução no campo das fontes desse direito.

Esses mecanismos consistem em instrumentos concertados que não são, *a priori*, obrigatórios. Desses instrumentos, o exemplo histórico mais marcante, e talvez o mais relevante até hoje, é o das resoluções da Assembléia Geral da ONU, mas ele não é o único.

A discussão em torno do valor jurídico das resoluções das organizações internacionais é antiga.<sup>30</sup> Não resta dúvida de que aquelas produzidas pela Assembléia Geral são obrigatórias apenas quando se referem ao funcionamento do próprio órgão. Quando dizem respeito ao comportamento que se espera dos Estados, fora do âmbito da organização, o entendimento tradicional é no sentido de lhes negar obrigatoriedade. É justamente esse entendimento que se vê contestado. Algum direito, diz-se, resulta desses instrumentos. Seria, ao menos, um direito em gestação.

De fato, o traço comum que caracteriza algumas dessas resoluções, os chamados *gentlemen's agreements*, algumas atas finais, comunicados conjuntos, códigos de conduta, e tantos outros, tão comuns no universo do direito do desenvolvimento, está no fato de serem todos eles instrumentos que resultam da atividade diplomática dos Estados, mas aos

---

<sup>29</sup> O direito internacional econômico como um todo, a proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente são também áreas em que se prolifera a *soft law*.

<sup>30</sup> Conferir, por exemplo, o texto de VIRALLY, M. “La portée juridique des recommandations de organisations internationales” *AFDI* 1974, p. 31-56.

quais estes últimos não quiseram atribuir caráter obrigatório (no sentido de vinculante). A qualificação desses instrumentos como sendo de *soft law* vem de que eles são vistos como portadores de um direito que ainda não é, mas virá a ser.<sup>31</sup>

Os Estados têm suas razões para fazer uso desses instrumentos mais flexíveis. Basicamente, essas razões podem ser referidas às dificuldades para assumir compromissos mais constringentes, e que resultam tanto de incertezas científicas quanto de problemas políticos. No campo do desenvolvimento, por exemplo, em que os objetivos finais são extremamente ambiciosos, os problemas são complexos, e as soluções muitas vezes são necessariamente de longo prazo, é mais difícil prever medidas e antecipar com certeza seus resultados. Assim, também os custos imediatos de algumas medidas para alguns dos atores podem fazer com que lhes seja difícil sustentar politicamente a aceitação de obrigações muito rígidas.

A solução acaba sendo regular os comportamentos por normas e regras que não são juridicamente obrigatórias, mas que fornecem algum grau de previsão sobre as condutas dos atores sociais e até mesmo uma expectativa em relação a essas condutas.

Se é certo que a flexibilidade apresenta certas vantagens, por possibilitar a cooperação entre os Estados em situações complexas e permitir uma alteração facilitada dos termos dos acordos, ela também aporta problemas graves, ligados à certeza e à segurança jurídicas, que tendem a se intensificar à medida que o número e a variedade desses instrumentos aumentam.

De fato, a inclusão desses instrumentos num mundo jurídico de que constituem a parte *soft*, dificulta a própria conceituação do direito e a delimitação da fronteira entre este e o não direito. Ela cria a possibilidade de graus de juridicidade, de *mais direito e menos direito*.

---

<sup>31</sup> DUPUY, P.-M. Ob. Cit. p. 285 e sgs.

O observador e o estudioso podem, à sua escolha, se felicitem pelo enriquecimento e vitalidade da regulação das relações entre os Estados, ou lamentarem a graduação e diluição da normatividade do direito internacional.

Seja como for, é certo que o tema do desenvolvimento fez parte do nascimento do fenômeno da *soft law*, através das resoluções da Assembléia Geral, e ainda hoje o seu direito é um dos ramos em que mais se encontram os chamados instrumentos *soft*. Bastam para comprová-lo os exemplos da Declaração do Rio de Janeiro e a Agenda 21, ambas de 1992, que tratam do desenvolvimento em conexão com a temática do meio ambiente.

Tendo a equidade no seu centro, o problema do desenvolvimento trouxe desafios e transformações para o direito internacional. Resta verificar se um direito de costumes acelerados e instrumentos de *quase direito* é ferramenta tão apropriada para a realização da justiça quanto o foi para a sua proclamação.

## BIBLIOGRAFIA

BAXTER, R. R., “International Law in “Her Infinite Variety”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 29, out, 1980, p. 549-566.

CAHIN, G. **La coutume internationale et les organisations internationales** Pedone, Paris, 2001

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **El derecho internacional en perspectiva histórica**. Madri:Tecnos, 1991.

\_\_\_\_\_. **El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio**. Madrid: Tecnos, 1985.

CHINKIN, C.M.”The challenge of soft law : development and change in international Law” *International and Comparative Law Quarterly*, v.38, n.4. p.850-66, out. 1989.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. 6. Ed., Paris: LGDJ, 1999.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. Paris: Dalloz, 1992.

DUPUY, René-Jean. **O direito internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_ **Dialectiques du droit international, souveraineté des Etats, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité.** Paris: Pedone, 1999

FEUER, G. e CASSAN, H., **Droit international du développement**, 2<sup>a</sup> ed. Dalloz, Paris, 1991, pg. 24.

SALMON, J., **Dictionnaire de Droit International Public**, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001

SCHACHTER, O. "The UN Legal Order: an overview", p. 3-26, in JOYNER, Christopher C. (org.). **The United Nations and International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 474 p.

SZASZ, P. "General Law-Making Process", p. 27-64 in JOYNER, Christopher C. (org.). **The United Nations and International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 474 p.

WEIL, Prosper. "Vers une normativité relative en droit international?", p. 21-56, in WEIL, Prosper, **Écrits de droit international.** Paris: PUF, 2000, 421, originalmente publicado em RGDIP, 1982, p. 5-45.

\_\_\_\_\_ "Toujours le même et toujours recommencé: les thèmes contrastés du changement et de la permanence du droit international", p. 7-20, in WEIL, Prosper, **Écrits de droit international.** Paris: PUF, 2000.

WENDT, Alexander. **Social Theory of International Politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 429 p.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Historia del derecho internacional público.** Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad Internacional.** 2<sup>a</sup> ed., Madrid: Alianza Editorial, 1998.

VIRALLY, M. "La portée juridique des recommandations de organisations internationales" *AFDI* 1974, p. 31-56.