

A FUNÇÃO INTEGRATIVA DA *SOFT LAW* PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Regiane Nistler¹

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza²

Maykon Fagundes Machado³

Resumo: O trabalho em apreço tem como objetivo geral estudar a função integrativa da *soft law* para efetivação de direitos humanos. Enquanto objetivos específicos busca analisar os casos do Documento de Montreux e a atuação da Comissão Africana dos Direitos Humanos. O trabalho é dividido em duas partes que concretizam os objetivos geral e específicos, sendo a preambular para breves considerações acerca da *soft law* e *hard law* e a segunda para estudo dos respectivos casos. O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-Chave: *Soft law*; *hard law*; Direitos humanos.

SOFT LAW'S INTEGRATIVE FUNCTION FOR EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS OF

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogada.

² Doutora e Mestre em "*Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad*" pela Universidade de Alicante - Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI - Brasil. Graduada em Direito pela UNIVALI - Brasil. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado e na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI.

³ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Pós-Graduado em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina - ESMAFESC. Advogado.

CONCRETE CASES

ABSTRACT: The work in question has the general objective of studying the integrative function of soft law for the realization of human rights. As specific objectives, it seeks to analyze the cases of the Montreux Document and the work of the African Commission on Human Rights. The work is divided into two parts that concretize the general and specific objectives, being the preambular for brief considerations about soft law and hard law and the second for the study of the respective cases. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

Keywords: Soft law; hard law; Human rights.

INTRODUÇÃO



Direito é instituição em constante construção, não havendo condição de finalização definitiva, pois serve aos objetivos de confirmação de correção ou da incorreção de determinadas decisões, negócios e ou obrigações. (BOBBIO, 2008)

Tanto em Hans Kelsen⁴ (1998) quanto em Herbert Hart (1994), o Direito é definido como um exemplo de dinamismo na produção de respostas, verdadeira construção de política jurídica para adequar-se aos problemas e desafios contemporâneos e futuros, com foco na segurança e na qualidade.

Assim, ao grau de efetividade do Direito atravessa a sua habilidade de percepção e representação dos dados sociais, lastreados em condições multidisciplinares para influenciar o

⁴ As ideias de Kelsen se desenvolveram e mudaram ao longo de seis décadas de escrita; as afirmações feitas sobre seu trabalho aqui se aplicam à maior parte do que ele escreveu, mas geralmente não se aplicam ao seu último trabalho (Kelsen 1991), quando ele misteriosamente rejeitou grande parte da teoria que havia construído durante as décadas anteriores.

comportamento de determinada sociedade.

A principal distinção comumente feita é entre compromissos de *soft law* e *hard law*. *Soft law* está ligada a compromissos internacionais que são intencionalmente não vinculantes, mas ainda têm relevância jurídica (MOSTACCI, 2008). *Hard law* refere-se a compromissos juridicamente vinculativos.

No que tange a *hard law* e *soft law* em relação ao tema e um dos casos escolhidos, vale destacar que embora exista uma grande necessidade de novas regras para regular os atuais conflitos armados, particularmente conflitos armados não internacionais, os Estados têm sido cautelosos na adoção de novas regras vinculativas internacionais.

De qualquer forma, é fato que vários Estados frequentemente envolvidos ou afetados por conflitos armados se abstiveram de ratificar diversos protocolos, incluindo Estados Unidos, Israel, Irã, Paquistão, Índia e Turquia. Com base nessa experiência, vários Estados têm relutado em iniciar novos processos diplomáticos para negociar o Direito Internacional Humanitário.

Em vez disso, outras fontes e normas legais têm demonstrado uma atuação muito relevante na regulação de conflitos armados e, assim, até certo ponto, preenchendo a lacuna normativa do direito internacional. Esse desdobramento levou a impasses legais e operacionais onde não existe unanimidade internacional geral sobre em que momento, e se essas normas legais se cristalizariam em lei internacional.

Como, por exemplo, se discutirá uma nova tendência de regular conflitos armados por instrumentos *soft law* e avaliar, mais especificamente, se as normas de direitos humanos são refletidas nestes mecanismos. Parte-se do princípio de que a *hard law* que regula a maior parte das relações internacionais e nacionais, e aqui se incluem por exemplo os conflitos armados, está desatualizada e, em muitos aspectos, inadequada.

Diante do exposto, o trabalho em apreço estabelece a seguinte problemática: a *soft law* nos casos em estudo mostra-se

integrativa quanto a efetivação de direitos humanos? Supõe-se que a *soft law* em matéria de efetivação de direitos humanos não é apenas uma lei branda, com efeito complementar, ela tem função integrativa, conforme evidenciam os casos do Documento de Montreux e a atuação da Comissão Africana dos Direitos Humanos.

Antes de iniciar as seções do texto imperioso consignar que esta humilde pesquisa trabalha com o conceito de direitos humanos do Professor espanhol Peces-Barba (1995), no sentido de que o ser humano figura como centro de si mesmo e também o centro do mundo, podendo exercer largamente as suas liberdades.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A *SOFT LAW*.

Em relação ao aspecto conceitual, atribuir significado compassivo e exauriente de *soft law*, especificamente, não é recomendável, considerando a multiplicidade de fenômenos em que é possível atribuir sentido a esse conceito. Contudo, preliminarmente importante destacar sua condição diversa dos tradicionais instrumentos normativos provenientes de um processo deliberativo formal de produção legislativa conduzindo perante um poder estatal investido dessa função e, portanto, com graduação diversa em termos de cogência. (STAFFEN, 2018)

Tal compreensão dominante no senso comum teórico que versa sobre a *soft law*, parte da semântica do conceito para tecer as primeiras críticas. Associa a expressão *soft* com a incapacidade de ser conciliada com a ideia de rigidez e dureza vinculante típica da lei, fruto do exercício do poder soberano. Nesse sentido, a *soft law* seria em outra medida não uma fonte do Direito, mas um paliativo para as vaguezas do Direito Internacional (STAFFEN, 2018).

O termo *soft law* insculpido em 1973, por 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).

A partir da carência dos recursos disponíveis, Dupuy diagnosticou, assim como fez anteriormente Phillip Jessup (1965)⁵, a emergência de uma nova fonte normativa que pudesse dar conta de novas demandas jurídicas às margens do Direito nacional e do Direito internacional, isto é, do monopólio normativo estatal.

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

E acrescentam 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 numerosas negociações entre Estados nacionais e atores econômicos globais, se testemunha uma nova normatividade que advém da lógica eficientista sobre determinados aspectos importantes das políticas públicas com rasgo econômico. Ao

⁵ O autor destaca o papel essencial das regras advindas da regulação privada dos assuntos mundiais e aponta para os custos da desordem e do conflito na ausência de lei. Jessup trata inda do significado de regras e conceitos, ressaltando sempre como as questões afetam os interesses dos governos e dos povos interessados. A praticidade de Jessup o levou a fazer inúmeras sugestões para melhorar o processo de resolução de conflitos e a eficácia do direito internacional. Este autor viu as principais tendências de sociedade internacional como parte de um desenvolvimento evolutivo em direção a uma ordem jurídica organizada e eficaz.

assim funcionar, expedientes normativos ao estilo da *soft law* dão azo para uma nova demanda a ser sanada pelo Direito; uma demanda que consiga corresponder com efetividade às práticas contemporâneas. (SASSEN, 2015)

Em verdade, a discussão normativa sobre os modelos de *soft law* assentam-se sobre o embate teórico entre Kelsen e Santi Romano. Para os críticos da validade da *soft law* e da sua condição de cogência, o ponto de partida está na teoria das normas de Hans Kelsen (1996) que, em resumo, sustenta o argumento de que a condição de “fonte do Direito” se conecta compulsoriamente às circunstâncias de estar contida em uma norma hierárquica superior. Tem então, Hans Kelsen uma posição orientada pela condição da norma como produto da atividade legislativa estatal soberana, para a 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)

Para Kelsen, a validade das normas jurídicas deriva de uma norma básica, e essa norma básica é, por sua vez, “pressuposta”⁶ por aqueles que veem as ordens jurídicas como normativas. Como um positivista jurídico, Kelsen (1998) não pretende 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 Hart⁷, é que o positivismo jurídico é mais bem compreendido como a aceitação do “fato” da normatividade, isto

⁶ Norma hipotética fundamental.

⁷ Existem conceitos mais ou menos análogos centrais ao trabalho de Hart e Kelsen que atraíram uma grande discussão - Regra de Reconhecimento de Hart e Norma Hipotética Fundamental de Kelsen. É certamente importante notar as naturezas distintamente diferentes das teorias do direito de Hart (1994) e Kelsen (1996): ou seja, a diferença entre uma teoria baseada em práticas sociais e uma baseada em uma análise neokantiana da normatividade jurídica. Mas também há algo a ser aprendido com certos elementos convergentes nas duas teorias

é, 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.⁸

Assim, os positivistas jurídicos observam o fato da normatividade e explicam-no apenas no sentido de construir uma teoria jurídica que possa levar esse fato em consideração. Sob esta 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 devem ser entendidas 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". (AL-CHOURRÓN, 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*

⁸ Pessoas que veem as normas legais como uma oferta de razões para a ação significa mais do que ser "persuadido" a agir pela força coercitiva o sistema; nesse caso, seriam as sanções, e não as próprias normas legais, que seriam as razões para a ação.

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-estatais⁹, fazendo com que, por meio de seus expedientes torne-se possível exigir a correção de comportamentos. (NAS-SER, 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.

2. A REGULAÇÃO E *SOFT LAW*: UMA ANÁLISE DE

⁹ Em verdade, a globalização jurídica e os atos de transnacionalização do Direito fizeram com que a discussão sobre o caráter cogente das fontes do Direito, sua validade e sua normatividade tenham encontrado pontos de porosidade comuns para *hard law* e *soft law*. O aspecto não vinculativo atualmente merece contextualização específica a partir do lugar de observação escolhido por cada agente, da tensão que existente entre a política e a técnica (FRYDMAN, 2018).

CASOS CONCRETOS

Este tópico explora dois exemplos e esforços internacionais para criar normas *soft law*. Parte-se do princípio de que a *hard law* que regula a maior parte das relações internacionais e nacionais, e aqui se incluem os conflitos armados, está desatualizada e, em muitos aspectos, inadequada.

Nessa 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.

O fato é que nos últimos anos, vários instrumentos de *soft law* que buscam regular situações de conflito armado foram elaborados. Esses instrumentos foram desenvolvidos por diferentes atores, incluindo, pequenos grupos de especialistas, pequenos grupos de estados e uma combinação de especialistas e Estados. (ROBERTS, 2001). Eles refletem padrões que, sem dúvida, têm um impacto na regulação de conflitos. Portanto, 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 conflito¹⁰. No entanto, são documentos

¹⁰ Maiores informações podem ser acessadas no documento: UN Secretary-General

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 2008.¹¹ 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 Estados¹². Estados e organizações internacionais podem aderir ao Documento de Montreux. Seu prefácio declara que os Estados participantes, desde já, 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

(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.

¹¹ 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.

¹² 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.

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).

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).

A proliferação e a natureza multifacetada da *soft law* no campo dos direitos humanos, pode ser evidenciado ainda no trabalho da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, comumente conhecida apenas como Comissão Africana.¹³

A Comissão Africana é o principal órgão regional com mandato para monitorar a implementação e o cumprimento dos direitos estabelecidos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. A legislação não vinculativa e os instrumentos de legislação não vinculativa prevalecem no sistema africano de direitos humanos e são indiscutivelmente uma parte inerente dela. A Comissão Africana age expressamente de acordo com a Carta Africana, contando assim com o auxílio de uma série de instrumentos não vinculativos no desempenho das suas funções. Assim, estabeleceu uma série de procedimentos e atividades diferentes que geram uma gama de resultados que são indiscutivelmente instrumentos de *soft law*. (ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, 1981)

A Comissão Africana desempenha um papel importante no desenvolvimento do quadro de direitos humanos na região e

¹³ Todas as informações relativas a Comissão Africana foram retiradas do website oficial: <[http:// www.achpr.org/instruments](http://www.achpr.org/instruments).> Acesso em 22 nov. 2020.

têm valor normativo potencialmente persuasivo. Eles também refletem a variedade de razões, discutidas nesta pesquisa, para as quais a *soft law* pode ser desenvolvida, e os diversos tipos de instrumentos que em uma interpretação ampla podem ser categorizados como instrumentos de *soft law*.

A Comissão Africana deriva o seu mandato do Artigo 45 da Carta Africana, que estabelece as funções expressas da Comissão para promover, proteger e interpretar os direitos contidos na Carta Africana. Desde o início, a *soft law* tem destaque nas funções e resultados da Comissão Africana:

1. [...]

- a) give its views or make recommendations to Governments.
- b) to formulate and lay down, principles and rules aimed at solving legal problems relating to human and peoples' rights and fundamental freedoms upon which African Governments may base their legislation [...].

3. Interpret all the provisions of the present Charter at the request of a State Party, an institution of the OAU or an African Organisation recognised by the OAU [...] (ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, 1981)

A Comissão Africana foi, portanto, estabelecida como um órgão de monitoramento com poderes quase judiciais, consultivos e investigativos. Pode ser inferido a partir das referências a 'opiniões', 'recomendações', 'princípios' e 'regras' no Artigo 45 que um aspecto fundamental do mandato da Comissão Africana é desenvolver instrumentos jurídicos não vinculativos a fim de promover os Direitos Humanos e dos povos e ajudar os Estados a implementar as suas obrigações ao abrigo da Carta Africana. (ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, 1981)

Ao interpretar o seu mandato, a Comissão Africana estabeleceu uma série de procedimentos e funções, tais como a consideração de relatórios de estado periódicos, missões a países, a adoção de resoluções sobre questões específicas de cada país; a adoção de resoluções temáticas; comentários gerais sobre questões temáticas; e a consideração de comunicações individuais e estaduais, que geram um número significativo de visões,

observações, recomendações, diretrizes e regras, que são indiscutivelmente instrumentos de *soft law* ou *soft law*. Esses instrumentos da Comissão Africana podem ser considerados como *soft law* pois não emanam dos próprios estados, inclusive são assim expressamente categorizados pela própria Comissão. (VILJOEN, 2012)

Geralmente, a intenção não é a utilização desses instrumentos para levar a um "endurecimento" deles na forma de um instrumento juridicamente vinculativo, em vez disso, eles são usados para elaborar e fortalecer o quadro de direitos humanos na região. Por outras palavras, são adições úteis ao 'arsenal' dos direitos humanos que a Comissão Africana, e outros que trabalham no campo dos direitos humanos, podem recorrer para encorajar os Estados a cumprirem as suas obrigações em matéria de direitos humanos. Portanto, pode-se dizer que esses instrumentos de *soft law* têm um propósito de 'cumprimento de normas'.

Os instrumentos foram desenvolvidos de forma muito deliberada e estratégica em uma forma de *soft law* em vez de vinculante. A forma de *soft law* pode ser usada quando há preocupações sobre a possibilidade de não conformidade devido à oposição política interna, falta de capacidade de conformidade, incerteza sobre se a conformidade pode ser medida ou discordância de aspectos da norma proposta. (ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, 2003)

A *soft law* também pode permitir uma participação mais ativa de atores não estatais e pode ser adotada ou alterada mais rapidamente porque não é vinculativa. Portanto, o desenvolvimento de um instrumento em uma 'forma de *soft law*' pode ser um meio expediente e pragmático para enunciar quais medidas os estados devem tomar para implementar suas obrigações. O objetivo é que estes instrumentos possam ser usados pela Comissão Africana através dos seus vários procedimentos, tais como o sistema de relatórios do estado, missões aos países e

procedimentos de comunicações, para reforçar a qualidade do seu diálogo e aconselhamento aos estados em particular questões de direitos humanos.

É latente a importância da *soft law* no sistema africano de direitos humanos. Ainda há um aparente apetite para desenvolver estes instrumentos. Isso é demonstrado pela adoção em 2015 dos Princípios e Diretrizes sobre Detenção Pré-julgamento e planos para desenvolver outros Comentários Gerais. (ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY, 2015). Os instrumentos de *soft law* são muito proeminentes nos resultados obtidos pela Comissão Africana.

O conteúdo normativo das alcunhadas *soft law* pode apresentar colisões e colidências, tanto internas, quanto externas, ou seja, em relação com instrumentos de *hard law*. Também há possibilidades de incoerências e falta de unidade dentro de regimes jurídicos (CERVANTES, 2014, p. 195). Todavia, isso não esvai sua relevância e condição estratégica do cenário de desnacionalização do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

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 setorizadas 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 microssistemas 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.

Em síntese, 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 humilde 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.



REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

- 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.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. Ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.
- BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE)*. 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.
- CERVANTES, Aleida Hernández. *La producción jurídica de la globalización económica*. Ciudad de México: CIICH/UNAM, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Sentença de 27 de junho 2012. Disponível em: <http://cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.doc> Acesso em: 26 out. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.doc> Acesso em: 26 out. 2020.
- CORTE SUPREMA DE BELICE. Aurelio Cal por derecho

propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros Vs. *Procurador General de Belice y otros, casos 171 y 172 de 2007*. Sentencia de 18 de octubre de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf> Acesso em: 28 out. 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/aus-senpolitik/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.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES, REPORT OF THE HAGUE CONFERENCE, 2010. Disponível em: <<https://ila.vet-toreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1244&StorageFileGuid=07e8e371-4ea0-445e-bca0-9af38fcc7d6e>> Acesso em: 22 nov. 2020.

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.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY (OAU). *African Charter on Human and Peoples' Rights. 1981*. Disponível em: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49> Acesso em: 20 out. 2020.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY (OAU). *Guidelines Arrest Detention. Adopted on 9 Mar. 2015*. Disponível em: http://www.achpr.org/instruments/guidelines_arrest_detention/ >. Acesso em: 25 out. 2020.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY (OAU). *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, 2003*. Disponível em: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38>. Acesso em: 20 out. 2020.
- 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.
- 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.

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.

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

VILJOEN, International Human Rights Law in Africa. Second Edition. Oxford University Press, 2012, xxiii, 622 pp. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/chinese-jil/jmt022> Acesso em: 20 out. 2020.

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