

Hard law e soft law: a formação do direito internacional ambiental



Ricardo Carvalho
desembargador do TJ-SP

A espécie humana espalhou-se na Terra e, crescendo em número, acabou se

fixando em territórios delimitados; depois evoluiu para a configuração de uma administração de diversos tipos dos interesses comuns desses cidadãos, nesses territórios. Formou-se a ideia de soberania, isto é, uma autoridade que não conhece superior na ordem externa nem igual na ordem interna e que se manifesta por um sistema de normas jurídicas em um determinado território no que hoje denominamos Estados ou países.

Interesses comuns levaram à formação de uma extensa regulamentação da convivência entre os Estados, em suas diversas formas, que compõem as normas do Direito Internacional; e compreender, ainda que em rápidas pinceladas, como esse direito se forma e se manifesta ajuda a situar o Direito Ambiental nessa perspectiva maior uma vez que, de toda a atividade humana, o interesse comum e a impossibilidade de circunscrição dos danos aqui se manifesta com clareza. Esta é uma explanação muito simples que pouco ensina ao jurista, mas que pode auxiliar o leigo a uma compreensão de termos e questões que vê e ouve quotidianamente.

O direito interno é posto (isto é, legislado) pela autoridade pertinente de cada Estado, que cuida de seu cumprimento e concentra o uso da força, se necessária. O direito internacional convive com o direito interno; traça regras de conduta, mas sem a existência de uma autoridade central que possa impor aos desobedientes o cumprimento de suas regras. É uma lei que não decorre de uma autoridade central, e que não prevê nenhuma autoridade que possa impor seu cumprimento, diferente no nascimento e na execução.

O direito internacional tem como fontes principais os tratados, os princípios gerais e os costumes aceitos pelas nações. Os tratados e as convenções são obrigatórios para os Estados que os subscrevem, daí derivando a sua legitimidade, e o descumprimento pode ser remediado por arbitragem, um pedido à Corte Internacional de Justiça ou outro mecanismo institucional para solução de litígios. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados trata suas regras gerais; pode assumir várias formas ou



denominações, desde que firmado pelos Estados contraentes por escrito e conforme à lei internacional.

A formação de um tratado é um processo complexo que passa por várias fases. A primeira é a identificação da necessidade que visa atender e do seu objetivo; alguém deve identificar o problema e demonstrar a existência, a gravidade, a causa e a possível solução. Como inexiste um sistema pré-concebido para identificação de problemas e proposta de soluções, é nesta fase que atores não institucionais conseguem mais influenciar a formação do direito internacional.

A segunda fase é a negociação, mais simples ou mais complexa conforme o objeto do tratado e o número de Estados interessados. Um tratado pode ser firmado por dois Estados depois de uma simples correspondência diplomática, em pouco tempo; a negociação de tratados multilaterais é mais complexa. Não há um figurino fixo. A negociação pode ser iniciada e conduzida a convite de um Estado; mas mais frequentemente, a pedido do Estado interessado ou da organização não estatal que tenha identificado o problema, a negociação multilateral é iniciada e conduzida por comitês formados por organizações internacionais, como a Assembleia Geral da ONU, seu Conselho Econômico e Social, a Organização Mundial do Comércio, e assim por diante. São feitas reuniões preparatórias, convocam-se peritos legais e técnicos, consulta-se a academia; são ouvidas as organizações não governamentais, organizações científicas e outros grupos públicos ou privados que possam contribuir nessa fase. Trocam-se informações e vão sendo estabelecidos os parâmetros aceitáveis para os diversos Estados até a redação de uma minuta a ser discutida pelos representantes dos Estados. A negociação pode durar anos e se estender em diversos locais, reuniões preliminares, conferências e encontros.

A terceira fase é a aprovação da minuta, ou a sua redação final, em um encontro de representantes plenipotenciários (isto é, com poderes para tanto) dos Estados; mas essa aprovação apenas significa que aquele texto é aceitável, em princípio, sem vincular os participantes, e por isso (por não ser vinculativo) não exige unanimidade. No entanto, a assinatura do tratado implica em que o Estado consente em não praticar atos que possam prejudicar o objeto e a finalidade do tratado, até que tenha tornado clara a sua intenção de não ser uma parte contratante.

A quarta fase, o consentimento ou ratificação, pode ser feita de diversas formas; a ratificação é a forma mais usual do tratado multilateral, um ato formal em que o Estado participante declara à comunidade internacional sua vinculação e obediência ao tratado, frequentemente mediante o depósito de um instrumento de ratificação com a organização designada como depositária. É comum que o texto indique que o tratado entrará em vigor após um determinado número de ratificações.

Todo esse processo obedece às normas internas de cada país. No Brasil, compete ao presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais (artigo 84, incisos VI e VII da Constituição Federal); após a assinatura da sua redação final (a terceira fase) o tratado deve ser aprovado internamente por outro ato administrativo. Há duas posições: uma diz que todo tratado deve ser referendado pelo Congresso Nacional; outra, em uma leitura mais literal do artigo 49, inciso I da Constituição Federal, diz que apenas os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional devem ser submetidos ao Legislativo. Ultrapassada essa fase, o presidente da República promulga o tratado por decreto e publica-o no Diário Oficial da União. Promulgado o tratado, segue-se, quando necessário, o depósito da ratificação com a organização depositária, para dar ciência à comunidade internacional. Essa



fase interna pode, também, demorar vários anos.

A promulgação e publicação incorporam o tratado ao direito interno brasileiro, no mesmo nível da lei ordinária; o tratado não se sobrepõe à Constituição Federal e pode ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, resolvendo-se os conflitos com a lei interna pelas regras usuais.

Excepcionalmente, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com o quórum qualificado previsto no artigo 5º § 3º da Constituição (EC 45/04) são equiparados às emendas constitucionais, com maior hierarquia em relação às leis ordinárias.

Os tratados e convenções assim processados e aprovados são denominados de *hard law*, que podem ser feitos cumprir pelos organismos internacionais. Ao seu lado e de importância crescente estão declarações, códigos de conduta, diretrizes e outras promulgações de órgãos políticos do sistema das Nações Unidas, diretrizes de instituições multilaterais, resoluções e declarações de organizações não governamentais, também chamados de *soft law*, algo que ainda não é lei, mas que pode assumir um peso normativo significativo.

A última observação é que, enquanto a lei interna é feita pelos cidadãos, diretamente ou por representantes, a lei internacional é produzida pelos Estados tão somente e reflete o que o Estado, enquanto instituição, considera correto, e sua aplicação em cada país é feita pelos seus órgãos administrativos, legislativos e judiciais internos. E, ainda que sem uma aplicação direta, influenciam a política e a legislação interna, daí espalhando pelo reconhecimento judicial.

Date Created

16/02/2019