

Artigo

## A “ontologia” da soft law: das suas características às suas finalidades

The “ontology” of soft law: from its characteristics to its purposes

Juan Victor da Silva Desidério<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais. Advogado. ORCID: 0009-0003-7271-8695. Email: [juan.desiderio@hotmail.com](mailto:juan.desiderio@hotmail.com).

Submetido em: 02/10/2025, revisado em: 05/10/2025 e aceito para publicação em: 18/10/2025.

**RESUMO:** A crescente produção de normas jurídicas é elemento que se faz presente no Direito Contemporâneo. Em paralelo a isso, instrumentos regulatórios que não possuem como características a impositividade e a coercitividade tem ganhado adesão para solução dos mais diversos problemas jurídicos. A doutrina comumente chama-os de “soft law”. O presente artigo buscou, por meio de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, identificar as características essenciais dos instrumentos de *soft law*, bem como suas possíveis finalidades e, conseqüente, utilidade para o sistema de justiça brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Soft law*; Características; Finalidades.

**ABSTRACT:** The growing production of legal norms is a recurring feature of contemporary law. In parallel, regulatory instruments that lack binding force and coerciveness have gained increasing acceptance as mechanisms for addressing diverse legal issues. Legal scholarship commonly refers to these instruments as soft law. Through an exploratory bibliographic study, this article aims to identify the essential characteristics of soft law instruments, as well as their potential purposes and, consequently, their usefulness to the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** *Soft Law*; Characteristics; Purposes.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A definição de “um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados” (Delgado, 2019, p. 47). Por isso, definir *soft law*, identificando suas características e possíveis finalidades, é passo necessário para identificar fenômenos dessa tipologia que estão presentes no dia a dia de todo operador do direito. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica de caráter exploratório.

No entanto, é importante esclarecer que não é objetivo do presente trabalho analisar a ausência ou presença de natureza jurídica da *soft law* – isto é, se possuem juridicidade ou não; afinal, “o questionamento sobre o que seja direito é um que não se pode esgotar. Não há respostas definitivas, mas apenas um exercício contínuo de perguntar” (Nasser, 2020, p. 38). Entretanto, quer sejam considerados integrantes do Direito ou não, os instrumentos de *soft law* podem promover impacto no desenvolvimento do ordenamento jurídico-processual brasileiro (Didier, 2023, p. 104)

Sobre a tradução do termo, André Abbud destaca que “a palavra *law* bem poderia ser traduzida por “direito” [ou lei]. Mas a palavra *soft* tem diversos equivalentes em português (mole, macio, flexível, maleável, plástico, brando, suave, temperado, fraco, moderado etc.)” (Abbud, 2014, p. 14). Sendo assim, a tradução para o português se demonstra inviável pela plurivocidade da locução no seu idioma originário, obtendo-se “resultados variáveis no que diz respeito ao sentido da expressão”. (Nasser, 2020) Desse modo, parte da doutrina (Em, 2019, p. 37) prefere a manutenção da utilização do termo *soft law*, sob o argumento de que “nenhuma tradução que se queira fiel e útil pode ser apenas literal. Uma boa tradução precisa trazer à tona o sentido mesmo das palavras” (Nasser, 2020, p. 22).

Diante dos seus diversos sentidos, conforme Abbud (2014, p. 10-11), de que modo é possível conceituá-la e caracterizá-la?

Martins e Albornoz (2018, p. 243) adotam concepção ampla do termo, segundo a qual, *soft law* é o

conjunto no sistemático de reglas de distinto origen y naturaleza, que no son em sí mismas obligatorias, y que están directamente disponibles para ser empleadas por sus diversos tipos de destinatarios – los particulares y el Estado –, sin necesidad de ratificación. Además de carecer de coercibilidad, las reglas blandas se caracterizan por ser flexibles y porque su proceso de elaboración excede com creces el ámbito interestatal, promoviendo la participación de sujetos privados.

Nessa esteira, Salmon, citado por Nasser (2020, p. 24), descreve-as:

reglas cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contém não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo, ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.

Ademais, Didier Jr. e Fernandez (2023, p. 104) conceituam o fenômeno do seguinte modo

A expressão *soft law*, frequentemente utilizada no Direito Internacional, refere-se a documentos elaborados por instituições de reconhecida expertise em determinada área que explicitam

parâmetros de conduta, de interpretação ou de regramento acerca de determinado tema reputados adequados, proveitosos em determinado campo do Direito. Seu conteúdo é prescritivo, mas não cogente – no sentido de juridicamente exigível.

A partir dessas considerações, *soft law*, para os fins deste trabalho, são as prescrições não obrigatórias e dotadas de flexibilidade que são emitidas por instituições reconhecidamente especializadas em determinado tema; podendo-se extrair as seguintes características típicas desse fenômeno: a) não obrigatoriedade; b) flexibilidade; e c) elaboração por entes públicos ou privados que possuem *expertise* na matéria.

Por fim, antes de proceder a análise aprofundada dessas características, é importante destacar que grande parte da dogmática que estuda os instrumentos de *soft law* é, por sua essência tradicional, vinculada ao ramo do Direito internacional (Didier, 2023, p. 104); logo, há elementos que não possuem adequação plena a instrumentos regulatórios em âmbito nacional.

## 2 AS CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DA *SOFT LAW*

### 2.1 NÃO OBRIGATORIEDADE

A noção do que é Direito, classicamente, é vinculada a obrigatoriedade da observância de suas prescrições normativas (André, 2014, p. 14). Para o internacionalista Marcelo Varella, “Hans Kelsen não aceitaria o uso da expressão “normas não obrigatórias”. *A priori*, se são normas, são obrigatórias, porque o conceito de obrigatoriedade integra a ideia de normatividade” (Varella, 2019, p. 371).

Norberto Bobbio, por sua vez, possuía entendimento diverso sobre a ontologia da norma. Para ele, “uma norma é uma proposição” prescritiva, pois possui um significado em sua unidade (proposição) e visa influenciar o comportamento alheio (prescritiva) (Bobbio, 2003, p. 53). Portanto, para ele, a norma jurídica é apenas uma tipologia específica de prescrição, havendo outras “espécies” de normas que não pertencem ao universo jurídico (Bobbio, 2003, p. 105).

Sem adentrar na discussão sobre a sua natureza jurídica (se é Direito ou não), foi adotado neste trabalho os fundamentos lecionados pelo jurista italiano e, por isso, os instrumentos de *soft law* possuem normatividade pois são proposições que exercem uma função prescritiva (Abbud, 2014; Didier Jr.; Fernandes, 2023, p. 107). Todavia, em que pese sejam normas em sentido amplo, a *soft law* possui como característica a não obrigatoriedade de sua observância *a priori* e, por isso, pode-se depreender que a sua normatividade é limitada.

É possível perceber que o Direito processual “caminha” de modo distinto na atualidade (Varella, 2019, p. 3). Fatores como a tipologia da relação jurídica, o poder econômico das partes e o contexto social e político do conflito podem exigir a utilização de instrumentos não obrigatórios, com normatividade limitada, na solução adequada de problemas jurídicos complexos (Didier Jr.; Fernandes, 2023, p. 27; Temer, 2022, p. 19).

### 2.2 FLEXIBILIDADE

A ausência de obrigatoriedade resulta em outra característica típica da *soft law* que é a sua flexibilidade. Na seara do Direito Internacional,

se considera una fortaleza del *soft law* la flexibilidade en su implementación. al no estar restringidos por haber asumido un compromiso vinculante, los Estados tienen libertad para adaptar el contenido del derecho blando a su situación particular (Albornoz; Martín, 2018, p. 240)

Quando visto sob a ótica da possibilidade de adaptação da prescrição não cogente do instrumento de *soft law* a uma realidade fática ou jurídica complexa, é possível ver a “fortaleza” dessa modalidade de regulação.

Além disso, a flexibilidade é elemento imprescindível diante de um tema que é inovador, ou de um acontecimento que pouco se tem informações ou aquiescências científicas e sociais. Sobre isso, Salem Nasser leciona:

Devido a essa pouca adaptabilidade dos mecanismos usuais, e tendo em vista o alto grau de incerteza e complexidade daqueles temas mais novos do direito internacional, percebe-se que mecanismos e técnicas de atualização e adaptação mais modernos se fazem necessários. Esses mecanismos e técnicas estão consubstanciados nos assim chamados tratados guarda-chuva e tratados-quadro ou moldura (Nasser, 2020, p. 118).

Na regulação interna, normas de caráter não cogente podem ser necessárias nesses momentos de incertezas e atipicidade. Elas podem ser consideradas como “guarda-chuva”, “quadro” ou “moldura” pois dotadas de flexibilidade em essência podem influenciar o comportamento dos atores jurídicos no combate a um possível caos social ou até na promoção do experimentalismo normativo em determinada área (Didier Jr.; Fernandez, 2023, p. 151-152).

Não se pode olvidar que a existência de instrumentos de *soft law* também equilibra os “extremos de grande flexibilidade” e “alta rigidez” (Albornoz; Martín, 2018, p. 232). A ausência de regulação pode resultar em concepções extremamente flexíveis e contraditórias sobre determinado tema, todavia, a regulação em lei em sentido estrito pode inviabilizar a inovação e adaptação a um novo contexto. Nessa linha tênue, a flexibilidade “comedida” da *soft law* pode estimular certo grau de estabilidade jurídica.

### 2.3 ELABORAÇÃO POR ENTES PÚBLICOS OU PRIVADOS QUE POSSUEM *EXPERTISE* NA MATÉRIA

A origem dos instrumentos de *soft law* e os agentes que participam em sua elaboração são elementos

que também compõem a sua caracterização. Se o instrumento regulatório carece de obrigatoriedade, não havendo instrumentos de coercibilidade em caso de descumprimento e sendo as suas prescrições inatamente flexíveis, o que motivaria a sua consideração na tomada de decisão pelos seus possíveis destinatários?

Fredie Didier Jr. e Leandro Fernández respondem esse questionamento, a saber:

diante da complexidade contemporânea das relações sociais e (consequentemente) do fenômeno jurídico, desempenham importante papel no ordenamento proposições veiculadas em instrumentos dotados de caráter “flexível”, que acabam em razão do reconhecimento da credibilidade da instituição da qual emanam ou da correspondência em relação a valores reputados relevantes em uma comunidade, por orientar o comportamento dos atores sociais (Didier Jr.; Fernandez, 2023, p. 104).

Destaque-se que a instituição emissora do instrumento de *soft law* pode ser governamental ou particular, bastando que a sua credibilidade, decorrente de “reconhecida expertise na área”, promova o comportamento dos agentes em determinado sentido (Didier, Jr; Fernandez, 2023, p. 104).

A Internacional Bar Association (IBA) e o International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) são exemplos de entes emissores de instrumentos de *soft law* que se adequam a essas características.

A IBA é uma conhecida organização com atuação no Direito internacional. Ela foi fundada em 1947 e “present membership is comprised of more than 80,000 individual international lawyers from most of the world’s leading law firms and some 190 bar associations and law societies spanning more than 170 countries” (IBANET, 2024). Ela publica há anos instrumentos com prescrições de *soft law* sobre arbitragem internacional, inclusive sobre a produção de prova nesse contexto.

O UNIDROIT, ao seu turno, é um instituto independente criado em 1926 e que possui 65 países membros. Ele é reconhecido internacionalmente pelo seu empenho em “study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States” (UNIDROIT, 2024).. O UNIDROIT emite há décadas alguns “princípios” aplicáveis a regulação do Direito comercial internacional (UNIDROIT, 2024).

A *expertise* dessas instituições resulta em proposições prescritivas com “caráter puramente técnico do seu conteúdo” (Souza, 2019, p. 211). Por exemplo, o Art. 1.3 dos Princípios do UNIDROIT, publicados em 2016, estabelece que ‘todo contrato validamente celebrado é vinculativo para as partes, só podendo ser alterado ou rescindido em conformidade com os seus termos’ (UNIDROIT, 2024). O caráter técnico da *soft law* advém, nesse caso, do princípio da força obrigatória do contrato, ou, *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato é a lei

entre os contratantes e, portanto, possui cogência (Gagliano, 2023, p. 28).

Os instrumentos de *soft law*, como visto, podem ser publicados por entidades públicas ou privadas. Entretanto, característica que merece destaque é a participação de particulares em sua elaboração, inclusive quando o documento é oriundo de entes governamentais. Nuria Gonzáles Martíns e María Mercedes Albornoz lecionam sobre o tema:

A la intervención de grupos privados em la codificación blanda del derecho del comercio internacional se suma el empleo de técnica de producción normativa que especialmente fomenta la participación de particulares, incluso qual el for que promueva la codificación es un organismos internacional intergubernamental. De tal suerte que los instrumentos de soft law pueden involucrar três categorías de actores: sociedades académicas (el American Law Institute), grupos de expertos ad hoc (el grupo de Trabajo PARA LA Preparación de Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT) y grupos de presión (la Camara de Comercio Internacional, agencias calificadoras de riesgo). Asimismo, es posible que intervengan organismos gubernamental e intergubernamentales (Albornoz; Martín, 2018, p. 233)

Para além de acadêmicos, peritos, grupos interessados na regulação e agentes governamentais; internamente, é possível falar sobre a possibilidade da própria sociedade civil participar da elaboração desses instrumentos públicos de *soft law* pela proposição de temas, realização de audiências públicas e outros instrumentos de participação direta.

#### 2.4 *HARD LAW VS SOFT LAW*: UMA BREVE DISTINÇÃO

O *hard law*, isto é, o “direito rígido, impositivo”, difere-se da *soft law* exatamente em suas características típicas, as quais foram identificadas nos subitens anteriores (Varella, 2019, p. 38).

A obrigatoriedade é a característica que demonstra essa diferença com maior clareza; enquanto para a *soft law* a obrigatoriedade de suas prescrições não faz parte de sua concepção, para a *hard law*, é elemento essencial. Logo, para os que entendem o Direito como o conjunto de normas válidas e obrigatórias não há discussão: os instrumentos de *hard law* são as normas jurídicas (Nasser, 2020, p. 895).

O menor grau de flexibilidade de suas prescrições caracteriza o *hard law* e o diferencia das normas “*soft*”. Por ser rígido, e, em regra, elaborado por um processo formal previsto em normas primárias, o *hard law* exige uma maior certeza jurídica do tema que será regulado, não havendo tanto espaço para a experimentação como na *soft law*.

Outra diferença entre as duas tipologias de normas, é a origem dos seus instrumentos. A *soft law* pode ser elaborada e publicizada por entidades públicas e

privadas, bastando que o ente emissor tenha *expertise* no tema. A emissão de *hard law* é, predominantemente, realizada por entidades governamentais, a exemplo dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais possuem suas competências normativas delineadas na Constituição. Urge, entretanto, ressaltar que os negócios jurídicos entre particulares são considerados como fontes do direito, e, por sua cogência, são instrumentos de *hard law* (Didier Jr; Fernandez, 2019, p. 443).

Sobre a elaboração desses instrumentos, não se pode esquecer que pelo reconhecido conhecimento do agente emissor sobre determinado tema, as normas de *soft law* possuem caráter técnico. Por sua vez, as normas de *hard law* são, em muitos casos, “emitidas por força de considerações puramente econômicas/políticas *latu sensu*” (Souza, 2019).

Sublinhe-se, entretanto, que “no es posible concebir el *soft law* como totalmente independente del *hard law*”, haja vista que a *soft law* não pode ter proposições ilegais e, portanto, que estejam de encontro ao *hard law* (Albornoz; Martín, 2018, p. 234).

Por exemplo, as boas práticas e inovações no sistema de justiça brasileiro podem estar instrumentalizadas em um documento de *soft law* (Didier Jr.; Fernandez, 2023, p. 134). Sobre isso, Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez assinalam que elas devem ser “compatíveis com o ordenamento jurídico (lícitas, portanto, embora não previstas na legislação ou em atos administrativos)” (Didier Jr.; Fernandez, 2023, p. 122). É, por isso, que há relação perene da *soft* com a *hard law*.

### 3 AS FINALIDADES DA *SOFT LAW*

Ao falar sobre a importância da *soft law* para o Direito internacional, Salem Nasser concluiu que os seus instrumentos estão inseridos no processo de criação e evolução do Direito, embora não possam fazer isso sozinhos (Nasser, 2020, p. 181). Veja-se:

Na tese que sustentamos, se reconhece um papel de grande importância aos fenômenos agrupados sob a expressão *soft law* e o desafio que representam para o direito internacional. Reconhecemos, igualmente, a necessidade de seu estudo pelo jurista. Acreditamos que os instrumentos da *soft law* participam do processo de formação do direito internacional, cuja complexidade é crescente. Não acreditamos que se possam constituir, no entanto, novas fontes autônomas desse direito. Acreditamos, finalmente, que o direito internacional se transforma, sendo a *soft law* parte da transformação (Nasser, 2020, p. 29).

Nuria Gonzáles Martíns e María Mercedes Albornoz seguem entendimento semelhante ao falar da *soft law* em matéria de Direito comercial internacional. Para elas, normas *soft* tem uma relação de complementariedade com a *hard law*, ocorrendo esse fenômeno quando prescrições constantes em instrumentos de *soft law* são adotadas alternativamente a um regramento previsto na legislação pela vontade das partes, ou quando normas *soft*

são absorvidas por fontes do direito e passam a integrar formalmente o ordenamento, ou ainda quando elas servem de parâmetro para interpretação de normas jurídicas (Albornoz; Martín, 2018).

No âmbito do Direito processual da arbitragem internacional, André Abbud ratifica a influência da *soft law* como instrumento que produz mudanças no Direito vigente. Para ele,

a adoção da *soft law* para regular questões processuais vem se expandindo, e essa expansão reflete e produz mudanças importantes na arbitragem internacional. Reflete porque é em si o resultado de demandas dos profissionais da área, que não vinham sendo satisfeitas nos limites do quadro normativo tradicional. Produz porque gera transformações na prática e no direito da arbitragem, ligadas ao modo de conduzir o procedimento e resolver questões processuais (Abbud, 2014, p. 3).

Fredie Didier Jr. e Leandro Fernández também defendem essa capacidade de transformação, a saber:

A *soft law* pode fornecer, ainda, diretrizes que sirvam para o desenvolvimento do Direito processual, ajudando, por exemplo na concretização de comandos normativos abertos e no aperfeiçoamento judicial do Direito. Temas como prova, imparcialidade judicial e probidade processual merecem ser aprimorados a partir da observação dessas práticas reiteradas (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 105).

Diante de todo o exposto, pode-se perceber que a finalidade primária da *soft law* é a promoção da transformação do Direito, estimulando o seu desenvolvimento. Entretanto, para concretizá-la, as prescrições *soft* possuem finalidades de menor abrangência.

Para Salem Nasser, a edição da *soft law* tem alguns objetivos em relação ao Direito internacional: a) declarar direito já existente, isto é, “a função do instrumento é, portanto, apenas declarativa e tende a reforçar o já sabido” (Nasser, 2020, p. 139); b) ser uma espécie de “compromisso que os Estados pretendem cumprir, mas, por alguma razão, preferem inscrever no universo dos comprometimentos de natureza política, e não jurídica” (Nasser, 2020, p. 139); c) “tentar orientar os comportamentos futuros dos Estados em áreas em que subsistem muitas incertezas científicas e factuais ou resistências políticas. É, em grandes linhas, a expressão do direito que será ou que se pretende” (Nasser, 2020, p. 139) (Nasser, 2020, p. 139); d) harmonizar os ordenamentos jurídicos internos sobre fenômenos transnacionais (Nasser, 2020, p. 140); e e) “regular ou influenciar os comportamentos dos entes privados, não estatais” (Nasser, 2020, p. 140).

André Abbud, por sua vez, destaca que o valor da *soft law* processual na arbitragem internacional pode ser percebido de algumas formas, a saber: a) guiar, balizar ou obrigar a prática de determinados atos pelas partes,

advogados, árbitros – sendo o ato de obrigar os sujeitos processuais decorrente de previsão em convenção ou termo de arbitragem (Abbud, 2014, p. 19-20); b) estimular o desenvolvimento de técnicas processuais próprias a partir das definidas na *soft law* e em adequação ao caso concreto (Abbud, 2014, p. 21); c) fornecer argumento de reforço para decisões judiciais, com clara finalidade persuasiva (Abbud, 2014, p. 22); d) preencher espaços vazios deixados pela *hard law* (Abbud, 2014, p. 26); e e) interagir com elementos de *hard law*, inclusive no apoio a sua interpretação na aplicação de sanções (Abbud, 2014, p. 27).

Como é possível perceber, os “objetivos” listados por Salem Nasser e o “valor” da *soft law* descrita por André Abbud visam, ao fim e ao cabo, promover o desenvolvimento do Direito posto. Para fins de sistematização dessas possíveis finalidades de menor abrangência, adotaremos divisão similar a idealizada por Nuria Gonzáles Martíns e María Mercedes Albornoz, isto é: a) a *soft law* como alternativa ao Direito; b) a *soft law* como precursora do Direito; e c) a *soft law* como parâmetro interpretativo do Direito (Albornoz; Martín, 2018, p. 232).

### 3.1 A *SOFT LAW* COMO ALTERNATIVA AO DIREITO

A *soft law*, como exaustivamente caracterizada no subitem 2.2, não é de observância obrigatória. Entretanto, em muitos casos, “los sujetos de una relación jurídica dada lo doten, a los efectos de la misma de coercitividad” (Albornoz; Martín, 2018, p. 232). Nesse sentido, “el hecho de que las reglas de soft law se tornen obligatorias em virtud de un contrato internacional implica un endurecimiento o “hardización” del soft law” (Albornoz; Martín, 2018, p. 236).

Uma cláusula contratual pode reproduzir o conteúdo de um dispositivo constante em um instrumento de *soft law*, ou até fazer uma remissão normativa, estabelecendo que em certo contexto jurídico será aplicada a regulação constante em um documento *soft*) e não a regra prevista em *hard law* (Iba; Abbud, 2014, p. 18).

Demonstra-se essa finalidade quando a *soft law* recomenda a celebração de negócios jurídicos em determinadas relações; sugerindo, por exemplo, cláusulas, formas e até duração contratual que não estão previstas obrigatoriamente no Direito vigente. A disposição constante no documento de *soft law* continua sendo não cogente *erga omnes*; entretanto, se convencionada a sua aplicação pelos interessados, passa a ser obrigatória *inter partes* e, portanto, alternativa ao Direito. Dito de outro modo, uma previsão contratual terá o condão de transformar uma proposição *soft* em *hard law* para uma relação jurídica determinada.

Não é possível pensar nessa finalidade alternativa da *soft law* em relação ao Direito processual sem destacar a existência dos negócios jurídicos processuais atípicos no ordenamento jurídico brasileiro, autorizadas pelo *caput* do art. 190 do Código Processual Civil (Brasil, 2015).

Negócio jurídico processual é o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídico processuais

ou alterar o procedimento” (Didier Jr, 2019, p. 443). Embora existam negócios jurídicos previstos expressamente no CPC (Didier Jr, 2019, p. 443-444<sup>1</sup>), foi encampado pelo Código a possibilidade de, no exercício do princípio do autorregramento da vontade processual, as partes negociarem para além das disposições previstas no CPC sobre os seus ônus, deveres, poderes processuais, e também sobre o procedimento (Didier Jr, 2021, p. 32).

Fredie Didier Jr. destaca interessante aspecto sobre o efeito dos negócios jurídicos processuais atípicos em relação ao regramento esculpido na Lei processual, veja-se:

Não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São **negócios que derogam normas processuais – *normadispotion*** (Didier Jr, 2021, p. 32)

Um negócio jurídico processual, desde que celebrado em respeito ao ordenamento jurídico, pode afastar a aplicação da legislação processual. Logo, se as partes decidirem incluir no bojo de um negócio processual uma boa prática prevista em um instrumento de *soft law*, ocorrerá uma espécie de “*hardización*” da proposição *soft*, concretizando a finalidade da *soft law* de ser uma alternativa ao Direito.

### 3.2 A *SOFT LAW* COMO PRECURSORA DO DIREITO

Essa talvez seja a finalidade que demonstre com maior clareza a capacidade da *soft law* transformar o Direito vigente. A indução de boas práticas em seus dispositivos pode influenciar a criação de novas fontes do Direito, a exemplo do costume, leis e outros atos normativos cogentes.

#### 3.2.1 Influência na criação de costumes processuais

O costume “possui em sua estrutura um elemento substancial, o uso reiterado no tempo, e um elemento relacional, o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade” (Ferraz Júnior, 2003, p. 242). Desse modo, a emissão de prescrições de *soft law* por entes de comprovada *expertise* pode resultar, pelo transcurso do tempo e reiteração dos comportamentos recomendados, no estabelecimento de uma *opinio juris* e, consequentemente, na criação de um costume jurídico.

Nesse sentido, Salem Nasser conclui:

que os instrumentos da *soft law* participam da formação do direito internacional, sobretudo, pelas influências que operam sobre a fonte costumeira, cujo “mistério continua inteiro”. Eles desempenham um papel na aceleração do processo e na gradativa preponderância da *opinio juris* sobre a prática. O mais importante, talvez, é

que ensinam uma transformação no processo costumeiro que, de espontâneo, se transforma em procedimento negociado de elaboração de documentos. O direito costumeiro, em outras palavras, passa a ser construído, e por escrito, ao invés de surgir do tecido e das práticas sociais (Nasser, 2020, p. 197).

É claro que a mera emissão de um documento com normas *soft* não é suficiente para criação de um costume jurídico; todavia, a indução do comportamento promovida pelos instrumentos de *soft law* aceleram e, em certa medida, concentram o processo de desenvolvimento dessa fonte do direito, fragilizando a concepção clássica de que a “formulação de suas normas exige um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação” (Ferraz Júnior, 2003, p. 241).

Por fim, ainda na seara da indução do comportamento, é imperioso destacar que os instrumentos de *soft law*, antes de produzirem um costume jurídico, podem criar “*soft customs*”, isto é, práticas que embora não tenham a reiteração no tempo e a formação de uma *opinio juris*, são amplamente utilizadas, a exemplo da oportunização de dispensa de sustentação oral do advogado em tribunais quando o recurso é provido (Souza, 2019, p. 212).

### 3.2.2 Influência na elaboração de leis e outros atos normativos jurídicos

A *soft law*, como precursora do Direito, pode influenciar os poderes estatais, na medida de suas competências, para edição de atos normativos cogentes. Práticas reputadas como “boas” pela sociedade e comunidade jurídica, que em alguns casos já assumiram a figura de “*soft customs*”, podem induzir a atividade normativa de alguns órgãos do Estado.

Nuria Gonzáles Martíns e María Mercedes Albornoz exemplificam esse fenômeno no âmbito do Direito comercial internacional,

los Principios de La Haya, a pesar de su corta vida, ya se han visto plasmados en la nueva ley paraguayana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (ley núm. 5.393, de 2015), y es probable que pronto sean adoptados en Australia, de acuerdo con lo que prevé la reciente iniciativa de Ley de Derecho Civil Internacional (Albornoz; Martín, 2018, p. 238).

Ou seja, é possível “plasmarm” novas normas cogentes, modelando o seu conteúdo jurídico, em observância ao contido em instrumentos de *soft law*.

### 3.2.3 A *soft law* como parâmetro interpretativo do Direito

Em que pese a rigidez natural da *hard law*, as prescrições contantes em um instrumento de *soft law* podem auxiliar os aplicadores a interpretar o Direito. “Cuando esto sucede, es factible hablar de un fenómeno de

“softización” del *hard law*” (Albornoz; Martín, 2018, p. 238). Isto é, ocorre um movimento que promove uma maior flexibilidade da atuação do intérprete – “*softización*”.

Pode-se dizer que essa finalidade é demonstrada de, pelo menos, quatro formas: a) atuação na margem de discricionariedade da lei; b) recomendações sobre conteúdo das decisões judiciais; c) fornecimento de conhecimento multidisciplinar sobre temas complexos; e d) ratificação de Direito já existente.

O legislador pode deixar certos aspectos sem regulação expressa, ou até mesmo se valer de técnicas de elaboração legislativa que utilizam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais. Nesse contexto, “a *soft law* pode ser determinante para viabilizar ao árbitro empresarial [aplicador do direito] preencher os espaços de discricionariedade deixados pelo *hard law*, flexibilizando e adequando, por exemplo, a instrução probatória” (Souza, 2019, p. 212), mas também pode fornecer “diretrizes que sirvam para o desenvolvimento do Direito processual, ajudando, por exemplo na concretização de comandos normativos abertos” (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 105)

Além disso, há prescrições que, em decorrência da matéria, para serem vinculativas exigem a elaboração de lei, a exemplo de temas afetos ao conteúdo de decisões judiciais. Por exemplo, um instrumento de *soft law* pode “ser invocado como referência para a identificação do mínimo exigido para que se considere atendido o dever de consideração das consequências práticas da decisão judicial, previsto no art. 20 da LINDB” (Didier; Jr, 2023, p. 110). Embora não possa obrigar a conduta, um instrumento de *soft law* pode recomendar que uma decisão judicial pormenorize elementos que concretizem esse desse dever de consideração.

Outrossim, uma disposição *soft* pode ainda auxiliar o aplicador do Direito na interpretação de elementos técnicos, oriundos de outras áreas do conhecimento científico, que impactam diretamente no conteúdo de suas decisões.

Por fim, a *soft law* também atua como parâmetro interpretativo quando reconhece um Direito já existente (Nasser, 2020, p. 139). O valor dessa atuação declarativa é maximizado quando se está diante de uma norma jurídica implícita, ou não especificada a uma relação jurídica determinada, que acaba sendo declarada expressamente em uma norma *soft*.

Exemplo interessante desse movimento é a menção expressa ao princípio da competência adequada na descrição da “prática 5”, do Repertório de boas práticas processuais brasileiras, aprovada pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC. O movimento doutrinário e o seu reconhecimento em documento de *soft law*, sem dúvida, influenciaram a decisão do STJ no julgamento do Conflito de Competência nº 199.079/RN (Brasil, 2023), ocorrido em 13 de dezembro de 2023, o qual é o primeiro precedente brasileiro que reconhece a incidência desse princípio na definição da competência no caso concreto.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho realizou o cotejo das características e finalidades de instrumentos de *soft law*. Foi visto que as normas *soft* buscando cumprir a sua

finalidade principal – promover o desenvolvimento do Direito, possuem pelo menos três finalidades de menor abrangência. A primeira delas é ser uma alternativa ao Direito vigente, por suas prescrições serem válidas em relação ao ordenamento e pela “*hardización*” promovida pela vontade das partes na celebração de negócio jurídico que plasme o seu conteúdo. A *soft law* também pode possuir a finalidade de ser precursora do Direito ao influenciar a criação de normas jurídicas como os costumes, leis e demais atos normativos cogentes. Por fim, essa tipologia de fenômeno também pode ser parâmetro interpretativo ao Direito, fornecendo elementos que auxiliem a atuação do aplicador no “corredor” de liberdade previsto na legislação, colmatando possíveis normas de conteúdo aberto e ratificando Direito já existente, porém implícito ou não especificado.

Deveras, utilizar instrumentos não obrigatórios e flexíveis como a *soft law* promove a experimentação de boas práticas e, em determinados contextos, possui utilidade superior ou mais adequada do que disposições rígidas e obrigatórias oriundas de um instrumento de *hard law*.

## REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.
- ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. El auge de las fuentes soft en el comercio internacional en tiempos de globalización. In: GÓMEZ-ROBLEDÓ, J. M. (coord.). **Contratación y arbitraje internacional: retos y tendencias**. Ciudad de México: UNAM, 2018. p. 235-266.
- BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. O Conselho Nacional de Justiça e a Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 137-163.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).
- Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7694>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Prefácio. In: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. 2. ed. rev. e amp. Salvador: Juspodivm, 2023.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao artigo 1º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; PEIXOTO, Ravi (org.). **Comentários à Recomendação n.º 134 do CNJ: recomendação (09/09/22) dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro**. Londrina: Thoth, 2023.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DIDIER JR., Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista? **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 119-128, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. Prefácio. In: TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 19.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. 2. ed. rev. e amp. Salvador: Juspodivm, 2023.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MODESTO, Paulo. Negócios processuais e experimentação administrativa. **Consultor Jurídico**, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-14/interesse-publico-negocios-processuais-experimentacao-administrativa/>. Acesso em: 27 fev. 2024.
- MORAIS, Alexandre de. A primeira década do Conselho Nacional de Justiça. Freio e contrapesos. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (org.). **O Conselho Nacional de Justiça e a sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 37-52.
- NASSER, Salem. **Soft law**. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2020. E-book Kindle.
- NOBRE, Marcelo. Controle Disciplinar: atividade preponderante do CNJ? In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). **Conselho Nacional de Justiça:**

fundamentos, processo e gestão. São Paulo: Saraiva, 2016.  
p. 239-251.