

# A Soberania Constitucional no Brasil Enquanto Obstáculo à Institucionalização Judiciária do Mercosul

## Breves Reflexões Sobre Um Falso Problema

*Emerson Gabardo*

Advogado, Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e Membro do NUPESUL – Núcleo de Pesquisa em Direito Público do MERCOSUL/UFPR.

*Partindo do pressuposto de que é inevitável a discussão sobre o aperfeiçoamento da institucionalização do MERCOSUL na esfera judiciária, faz uma reflexão sobre a questão da soberania brasileira enquanto obstáculo à efetivação do processo integracional. Conclui pelo caráter meramente aparente do problema, inferindo uma concepção de soberania que é plena em sua manifestação jurídica, mas cujo caráter é ontologicamente limitado.*

**E**m que pese a preexistência dos Tratados de Montevideu de fevereiro de 1960 (Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC) e agosto de 1980 (Associação Latino-Americana de Integração – ALADI), as raízes de uma institucionalização judiciária entre Estados da América do Sul somente foram estabelecidas através do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, que deu origem ao MERCOSUL. No momento de sua constituição, o máximo que a ALADI possuía em termos jurisdicionais era capacidade para demandar em juízo, ou seja, poderia ser parte,<sup>1</sup> até porque desde seu nascimento foi contemplada com personalidade jurídica, não podendo, entretanto, ser o fiel da balança, através do exercício de funções de

1. Art. 52 do Tratado de Montevideu de 1980.



caráter jurisdicional. Já o Tratado de Assunção, embora não tenha conferido personalidade jurídica ao ente intergovernamental criado, estabeleceu um sistema provisório de solução de controvérsias entre os Estados-partes e impôs a obrigação de ser constituído um sistema permanente.

Prevvia-se no Tratado de Assunção o prazo de três anos (até 31 de dezembro de 1994) para que se estabelecesse um sistema permanente de solução de controvérsias no Mercado Comum, todavia, no mesmo ano de constituição do MERCOSUL, os Estados-partes firmaram o "Protocolo de Brasília para solução de controvérsias", ascendendo a questão jurisdicional ao rol dos assuntos de maior importância para o sucesso do agrupamento. Em que pese até o ano de 1999 denotar-se ausente um sistema permanente de solução de controvérsias, observa-se que o âmbito de aplicação das normas de Direito Internacional Público recém-prescritas, a forma de desenvolvimento de negociações intrapartes, o modelo interventivo do ente, o procedimento de arbitragem, e, até mesmo, a possibilidade de "reclamações" de pessoas físicas ou jurídicas ao Mercado Comum foram convencionadas antes mesmo que se estabelecesse a estrutura institucional do MERCOSUL. Tanto é assim que o Protocolo de Ouro Preto, responsável pela propalada institucionalização, somente foi

firmado duas semanas antes de expirar o prazo estipulado pelo art. 18 do Tratado de Assunção.

Contudo, é interessante ser salientado que a institucionalização jurisdicional resultante do Protocolo de Brasília em nada, ou muito pouco, promoveu a possibilidade de uma verdadeira institucionalização judicial do MERCOSUL, através de um organismo com poderes judiciais. Na realidade, a parte as especulações jornalísticas e algumas declarações de cunho promocional, o MERCOSUL ainda se apresenta como um simples ente intergovernamental,<sup>2</sup> embora com personalidade jurídica própria, que lhe foi conferida pelo Protocolo de Ouro Preto.<sup>3</sup>

Sem dúvida, o MERCOSUL nasceu primordialmente como uma exigência de regulamentação e promoção do comércio internacional. Tal necessidade decorreu de uma crescente preocupação observada nesta segunda metade de século, em que se buscou um maior controle e padronização das tarifas alfandegárias, questões tributárias e meios de solução de controvérsias, esta tanto entre pessoas jurídicas de direito público, quanto de direito privado. Neste contexto, o Direito Comercial sempre foi o grande alvo das negociações entre os Estados do Cone Sul, e de maneira explícita, haja vista o próprio nome do ente: "Mercado" Comum do Sul.

2. "Em contraposição às instituições supranacionais que possuem autonomia decisória, independência, auto-aplicabilidade, vontade autônoma e coletiva, a intergovernabilidade representa a vontade de um conjunto de Estados, mas que se assenta na prerrogativa de decisão de cada Estado-membro, e não de um órgão autônomo, auto-executório, segundo seu assentimento, sua vontade determinada." MENEZES, Wagner. *O direito comunitário e o MERCOSUL: uma visão crítica*. In PIMENTEL, Luiz Otávio (organizador). *Mercosul no cenário internacional - direito e sociedade*. V. 2, Curitiba: Juruá, 1998, p. 150.

3. Personalidade jurídica esta cuja titulariedade é exercida pelo Conselho do Mercado Comum, conforme disposto no art. 8º do Protocolo de Ouro Preto.



O processo transformativo que exigiu uma nova postura da entidade teve origem geopolítica e foi promovido pelo crescente processo de mundialização<sup>4</sup> da cultura e globalização da economia (que deixou de ser eminentemente comercial e passou a influenciar todos os setores da vida do cidadão, tanto no seu viés privado quanto público). Hoje em dia, não se pode mais dizer que o MERCOSUL é somente um mercado comum e muito menos que se sustentará exclusivamente com personalidade intergovernamental. Daí a necessidade de um sistema não somente jurisdicional como judicial, através, quiçá, de um tribunal supranacional. Entretanto, a criação e efetivação de um órgão desta natureza esbarra em uma gama complexa de problemas, entre os quais a da soberania enquanto obstáculo ao processo integrativo.

O problema da soberania constitucional dos Estados-partes, que é, segundo a doutrina,<sup>5</sup> um dos grandes obstáculos à institucionalização do judiciário do MERCOSUL, principalmente através de

um tribunal supranacional, há que ser analisado, desde logo, sob a luz do art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Esse artigo, em seu § 1º, estabelece que o Brasil deverá buscar “a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Infelizmente, e até mesmo na contramão da história, esta norma praticamente exaure toda a matéria de direito de integração do sistema constitucional brasileiro, que prescinde de prescrição normativa expressa com relação à forma de sua participação político-jurídica no mundo regionalizado. A parte este dispositivo, no máximo, a CRFB afirma que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.<sup>6</sup> Dispositivo este do qual exsurtem diferentes interpretações.<sup>7</sup>

Ao contrário de países como a Alemanha, Portugal, França, Espanha, Argen-

4. Segundo Antony Giddens, traduzido por Luiz Otávio Pimentel, a mundialização pode ser definida “como a intensificação das relações sociais em todo o mundo pelas quais se enlaçam lugares distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais estão determinados por acontecimentos que ocorrem a muitos quilômetros de distância e vice-versa.” Embora, recentemente, possam ser encontrados interessantes comparações entre mundialização e imperialismo, não há entre ambos identidade conceitual. No imperialismo há só expansão territorial e dominação forçada, com domínio estatista; na mundialização, há expansão do âmbito de atuação com domínio liberal. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Cenário internacional, direito e sociedade no processo de mundialização*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (organizador). *Mercosul no cenário internacional - direito e sociedade*. V. 2, Curitiba: Juruá, 1998, p. 366. Ver também SANTOS, Renato. *O itinerário da modernidade-mundo*. Revista de sociologia e política nº 3, Curitiba: Grupo de Estudos Estado e Sociedade (GEES) – UFPR, 1994.

5. Exemplo da doutrina a que se refere o texto pode ser encontrada em PIMENTEL, Luiz Otávio (organizador). *Mercosul no cenário internacional - direito e sociedade*. V. 1 e 2, Curitiba: Juruá, 1998.

6. Art. 5º, § 2º, da CRFB.

7. Alguns autores, como Bacellar Filho, defendem que esta norma deixa clara a supremacia dos acordos internacionais em face do direito interno, mas este não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que confere às normas de direito internacional hierarquia equivalente às leis ordinárias, mesmo após a CF/88. Sobre o assunto ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O MERCOSUL e a importância do direito comunitário emergente*. In Revista de Direito Administrativo – FGV nº 210. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1997, p. 117 e GOMES, Luiz Flávio. *A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil*. In Revista dos Tribunais nº 710, São Paulo: RT, 1994, p. 21.



tina e Paraguai<sup>8</sup> (somente para citar alguns exemplos), que possuem em suas constituições dispositivos expressos quanto às relações entre os direitos internacional, supranacional e interno, o constituinte brasileiro, assim como o uruguaio, preferiu omitir-se, não oferecendo uma pré-solução ao problema. Alguns autores, como CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, afirmam que tal fato se deve a um nacionalismo exacerbado, respaldado por concepções ultrapassadas de soberania.<sup>9</sup> De qualquer modo, muito mais importante que discutir as causas, é imprescindível que se reflita sobre as consequências da sistemática adotada pela CRFB.

Primeiramente, cumpre salientar que quanto aos demais princípios de direito in-

ternacional constantes no art. 4º da CRFB, parece correta a posição de CELSO BASTOS e CLÁUDIO FINKELSTEIN de que não lhes afigura "que os princípios da autodeterminação e da independência nacional constituam óbices à consolidação da plena inserção brasileira no Mercosul".<sup>10</sup> Por certo, apegar-se a esse pressuposto indica uma visão de soberania que não coaduna com a do Tradicional Direito Internacional,<sup>11</sup> entretanto, é preciso que se tenha muito cuidado para não se chegar a conclusões precipitadas.

Esses mesmos autores afirmam que o conceito de soberania foi alterado na medida em que "parcelas da mesma podem ser delegadas à órgão de uma comunidade supranacional de nações",<sup>12</sup> mas, embora

8. A título exemplificativo, entre outras regras, pode-se encontrar nas constituições destes países os seguintes dispositivos, observando-se, inclusive, a especificidade com que é diferenciado o direito internacional público do direito comunitário: "A federação pode transferir direitos de soberania para organizações supranacionais" (art. 24, (1) da Lei Fundamental da República da Alemanha - LFRA); "As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal" (art. 25 da LFRA); "As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português" (art. 8º (2) da CRP); "As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos" (art. 8º, (3) da CRP); "Sob a reserva de reciprocidade, a França consente as limitações da soberania necessárias à organização e à defesa da paz." (preâmbulo da Constituição Francesa); "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales titulares de la cesión" (art. 93 da CE); "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 24 da CNA); e finalmente, "La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adaptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso" (art. 145 da Constituição Paraguaia).
9. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V.1, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 452.
10. BASTOS, Celso Ribeiro e FINKELSTEIN, Cláudio. *Harmonização e normas no Mercosul: o problema brasileiro*. Revista de Derecho del Mercosur nº 03, Buenos Aires: La Ley, 1997, p. 249.
11. Sobre o conceito tradicional de soberania e sua evolução histórica, ver EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Introducción al derecho comunitario latino-americano*. 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 09.
12. BASTOS, Celso Ribeiro e FINKELSTEIN, Cláudio. *Harmonização e normas no Mercosul: o problema brasileiro*. Revista de Derecho del Mercosur nº 03, Buenos Aires: La Ley, 1997, p. 251.



seja a mais difundida na atualidade, essa talvez não seja a melhor interpretação para o fenômeno. É extremamente questionável a noção de “delegação de soberania”, senão absolutamente inapropriada. Interessante é o entendimento de que a propalada alteração da noção de soberania rumo à sua flexibilização, na realidade, importa numa reinterpretção de um componente do Estado, que continua sendo pleno. Sob esta ótica, a participação de um Estado em uma comunidade supranacional não exclui, limita ou delega soberania, que permanece intacta e plena. O que se delegam são competências decorrentes do poder soberano, que possui justamente a prerrogativa de usufruir *per si* determinadas atribuições, ou através de órgãos intergovernamentais, ou, ainda, submetendo-se a organismos supranacionais. Todavia, em qualquer hipótese, tal submissão será voluntária, o que resguarda o poder de autodeterminação do Estado-membro (ou Estado-parte, no caso do MERCOSUL). Ou, ainda, existem posições que vão além, como no caso de ROBERTO DROMI ao afirmar que “as relações de direito comunitário da integração não negam, nem limitam, nem excluem a soberania, senão que a levam a um marco ampliado, em que estende ou prolonga o poder soberano do Estado em outras matérias que não o teria, ainda que agora compatibilizado com o poder soberano de

outro Estado-membro.”<sup>13</sup> Em síntese, a integração teria o condão de aumentar “qualitativamente” a soberania dos Estados associados.

Um dos princípios básicos do direito comunitário é que o Estado associado sempre poderá se separar, resultando na conclusão de que o sistema constitucional estatal continuará sendo a fonte última de poder, representado não na Lei Constitucional como um todo e sim na Constituição Material,<sup>14</sup> que tende a ser recuperada com o avanço do paradigma liberalista. E a maior prova disso é que todos os países europeus integrantes da União Européia necessitaram de autorizações constitucionais, ainda que por via interpretativa, para que pudessem se integrar à comunidade, e mais, para que as normas supranacionais pudessem ter força prevalecente na ordem interna. Ademais, o direito comunitário pressupõe a manutenção absoluta do princípio da igualdade da soberania dos Estados. A outorga de competências decisórias e o acréscimo de mais um poder jurisdicional advindo de um ente externo não implica cerceamento ou limitação de soberania. Ou seja, apenas há um relaxamento do paradigma normativo vigente, que propugna pelo “Estado nacional como único órgão legítimo para produzir juridicidade”;<sup>15</sup> os princípios clássicos da

13. DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; RIVERA, Júlio C. *Derecho Comunitário - Regimen del Mercosur*. 2 ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 40.

14. Sobre a diferenciação entre constituição material e lei constitucional ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

15. Conferir: WOLKMER, Antônio Carlos. *Integração e direito comunitário latino-americano*. In PIMENTEL, Luiz Otávio (organizador). *Mercosul no cenário internacional - direito e sociedade*. v. 1, Curitiba: Juruá, 1998, p. 50. Neste tópico é importante ser lembrado que o verdadeiro óbice à instituição de um tribunal supranacional que tenha força coercitiva no Brasil é o Princípio da inafastabilidade da jurisdição do Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, pois sem a possibilidade de fazer coisa julgada certamente o tribunal teria papel meramente figurativo.



inalienabilidade e indelegabilidade da soberania não se alteram, mas sim a sua manifestação em um novo regime constitucional, que tende cada vez mais a abandonar o sistema dualista.<sup>16</sup>

É interessante salientar, ainda, somente a título ilustrativo, que os crescentes debates a respeito do assunto levam em consideração um comentado conceito de soberania que na realidade nunca correspondeu à realidade do Estado, nem nos tempos de JEAN BODIN,<sup>17</sup> conforme pode se depreender dos relatos a respeito da diplomacia entre os povos de seu contemporâneo MAQUIAVEL.<sup>18</sup> No século XVI o soberano somente prestava contas a Deus, mas inúmeras vezes firmava acordos com outros soberanos e, em regra, os respeitava, o que leva alguns autores, como JELLINEK, a propor que o conceito de soberania não alcança sua maior expressão em BODIN, para quem o soberano está obrigado pelas leis divinas e pelas leis naturais.<sup>19</sup>

Na maior parte do século XX, mesmo no período pós-guerra, em que a soberania foi (equivocadamente) vista como um tabu, ou, ainda, um óbice à submissão dos Estados aos tratados e organismos internacionais, grande destaque foi conferido à arbitragem internacional.<sup>20</sup> Neste contexto,

é imprescindível questionar: se o direito internacional tradicional sempre admitiu que Estados em conflito resolvessem suas controvérsias por arbitragem de um ente externo (outro Estado, por exemplo) e isto jamais foi visto como uma limitação da soberania, por que seria a ela um atentado pactuar um tratado em que os Estados criam um mecanismo permanente de deliberação e jurisdição? Ou ainda, no direito internacional público, quando um Estado aceita intermediação de um outro país como árbitro, está cedendo parte de sua soberania a ele? Fala-se hoje em dia em limitação ao poder soberano como se fosse uma novidade restrita às décadas contemporâneas marcadas pelo fenômeno da globalização e pela solidificação do processo de unificação europeu, com rápida proliferação do comunitarismo, mas a realidade tem nuances distintas. Somente a título ilustrativo, é salutar a lembrança de CARLOS MAXIMILIANO, que já na década de 50 assim lecionava em seu *Comentários à Constituição Brasileira*: "Soberania (*summum imperium, potestas suprema*) é o poder que não reconhece outro superior ou concorrente, nem admite limites *senão aqueles que ele voluntariamente se traçou em tratados, ou no texto constitucional*".<sup>21</sup> Neste contexto, difícil é observar na questão da soberania um problema verdadeiro, ou ain-

16. Sobre o sistema dualista ver: RESEK, José Francisco. *Direito Internacional: curso complementar*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

17. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 10.

18. MAQUIAVELLI, Niccolo. *O príncipe*. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1997.

19. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Mexico: Continental, 1958, p. 370. O autor tributa a Hobbes o título de fundador da doutrina da soberania absoluta.

20. Aspectos históricos e contemporâneos da regulamentação da arbitragem internacional podem ser observados na coletânea de artigos encontrada em: GARCEZ, José Maria Rossani (Coordenador). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

21. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Federal*. V.1, São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 171, (grifo nosso).



da, crer na “novidade” de sua existência ontologicamente limitada.

Isto não significa que a questão da soberania enquanto óbice ao processo integrativo, e mais particularmente à institucionalização judiciária do MERCOSUL, esteja despida de caráter problemático. Todavia, a análise da questão requer a observação de outras perspectivas, e mais além, demanda a rejeição de certos preconceitos já arraigados no direito internacional clássico, construído em um substrato teórico que desconhecia as atuais formas de aglutinação de Estados nacionais, e que, portanto, está historicamente ultrapassado. O entendimento da soberania, enquanto óbice à composição de blocos de Estados, nunca foi conceitual e sim uma decorrência de determinadas conjunturas históricas verificadas desde o século XVI, sendo, atualmente, muito marcante a influência dos períodos pós-guerras, caracterizados pelo arbitrário e artificial estabelecimento de Estados e fronteiras pelas potências vencedoras.

O Brasil não teve participação relevante em nenhum dos momentos históricos determinantes na formação da idéia preponderante de soberania, mas importou

para si tal concepção por força de um tradicionalismo bacharelesco característico da cultura política e educacional brasileira desde o período colonial.<sup>22</sup> Mais recentemente, a ditadura militar iniciada com o golpe de 1964 muito contribuiu para o desenvolvimento das teorias jurídicas que repudiavam qualquer possibilidade de ingerência do direito internacional no direito nacional, principalmente através da sua conhecida política da segurança nacional.<sup>23</sup> Ademais, o que se observou nas décadas que se sucederam à Segunda Guerra Mundial foi, paradoxalmente, uma retração do direito internacional em benefício do surgimento do chamado “Direito Constitucional Internacional”.<sup>24</sup>

Escapando dessas concepções conjunturais e optando por um entendimento ontológico do fenômeno, existem determinados critérios de direito constitucional que têm que ser relevados antes mesmo de se ingressar em uma análise propriamente de direito internacional, para que não sejam cometidos equívocos conceituais, embora seja importante admitir que, no tocante à soberania, muito mais adequada é a expressão “concepções”, que “conceitos” ou “definições”.<sup>25</sup>

22. Sobre o assunto ver VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2 ed., São Paulo: Perspectiva, 1982.

23. Sobre o assunto ver: BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei de Segurança Nacional. In Reflexões, estudos e pareceres de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

24. Atualmente várias obras se reportam ao chamado Direito Constitucional Internacional (embora após o surgimento do MERCOSUL tenha recebido grande fôlego o estudo do Direito Internacional no Brasil), mas um dos pioneiros na reflexão deste fenômeno foi o Prof. Afonso Arinos. Conferir: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 260 e ss.

25. Devido à grande mutabilidade da noção de soberania conforme as variáveis históricas e geográficas incidentes na construção de seu conceito, tendente até mesmo a induzir uma forte dose de ceticismo quanto à possibilidade de conhecimento do seu sentido verdadeiro. Sobre o valor histórico e relativo da soberania ver: SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 138 e ss. Ademais, impossível é ter um conceito único de soberania se existem diferentes espécies de Estados Nacionais. Segundo a classificação de Jorge Miranda, pelo menos cinco: plenos, protegidos, vassalos, exíguos e confederados, que se caracterizariam como soberanos, semi-soberanos e não-soberanos. Sobre o assunto conferir MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p.



Na década de 1930, HANS Kelsen afirmou, através de uma de suas primeiras obras *Teoria Geral do Estado*, que o poder estatal é caracterizado pela sua soberania. E mais, que a soberania é um atributo do Estado que consiste na "propriedade de ser uma ordem suprema, uma ordem que não deve a sua validade a uma ordem superior".<sup>26</sup> Tal assertiva, que serviu de fundamento para inúmeros outros doutrinadores de diferentes partes do globo pode aparentar ser absolutamente incongruente com a possibilidade de formação de uma entidade supranacional, mas não o é, necessariamente. Primeiro, porque tal definição foi construída em um período em que não existiam entes como as comunidades supranacionais e, também, porque a mais eficiente saída sancionatória para o descumprimento de obrigações internacionais, na época, era a guerra<sup>27</sup> (hoje a globalização apresenta ilimitadas possibilidades); e segundo, porque o direito comunitário não implica numa extinção da constituição como última fonte de poder do Estado componente.<sup>28</sup> A integração de um

Estado em uma comunidade é realizada, em uma terminologia analógica, através de um "contrato de direito internacional",<sup>29</sup> que, por princípio, jamais pode conter cláusulas que tornem defeso a saída do Estado-membro do bloco, ainda que se imponham sanções, o que de todo modo é característico da contratualidade. Aliás, esta saída pode ser, inclusive, uma imposição, em decorrência do não-cumprimento de certas condutas exigíveis. Esta é a grande diferença entre uma comunidade e uma federação. O resguardo de uma fonte de poder última indeclinável, que é a constituição material.<sup>30</sup> Ainda que dispositivos da Lei Constitucional (formal) tenham que se curvar diante do poder normativo e jurisdicional do ente de direito internacional.

Neste contexto, especificamente no tocante à soberania, é discutível a existência de diferença conceitual entre um Estado submeter-se a um acordo de arbitragem ou a um tribunal supranacional, pois sua essência paira no princípio da independência e autodeterminação<sup>31</sup> dos povos e não no da supremacia da Lei Constitucional,

26. Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 42.

27. Fazer a guerra era utilizar-se de uma espécie de direito internacional, o *ius belli*, ao lado de outros direitos inerentes à soberania: o *ius legationis* (de receber e enviar representantes diplomáticos) e o *ius tractuum* (de celebrar tratados). Sobre o assunto ver MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 148.

28. Ou, em uma linguagem kelseniana, não implicaria na extinção da Norma Hipotética Fundamental Pressuposta enquanto fonte última de poder do Estado componente.

29. Por razões didáticas, utilizando-se uma expressão sem rigor científico de direito internacional.

30. Deve ser considerado, entretanto, que mesmo a constituição dita "material" pode, e muitas vezes deve, sofrer alterações para possibilitar, ao menos, a compatibilidade dos sistemas, quando não a sua exata conformidade, em casos mais extremos. Ressaltando-se sempre que, em última análise, são as constituições dos Estados que dão legitimidade ao processo integrativo.

31. Somente para exemplificar, um autor brasileiro que liga conceitualmente a soberania com o Princípio da Autodeterminação é José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 102: "(...) o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito Internacional, é o único titular da soberania, considerada "poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação." Todavia, o pioneiro na construção deste conceito, segundo o Prof. Machado Paupério, foi Jellinek, através de sua "teoria da autolimitação". Sobre o assunto ver: PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 123.



esta sim manifestação de um paradigma que está sendo relativizado. A soberania somente estaria arranhada se os outros componentes do ente integrado possuíssem o “direito” de, através da força, coibir a saída do Estado do agrupamento, o que é uma hipótese inexistente e absolutamente incondizente com o atual sistema jurídico observável no direito internacional contemporâneo, segundo NORBERTO BOBBIO, fulcrado não somente na existência de um poder constituído e de uma legislação positiva, mas sobretudo, na democracia, no reconhecimento dos direitos humanos e até mesmo na paz.<sup>32</sup> Em suma, não há limitação da soberania do Estado-membro, mas somente uma autolimitação de poder e competências, através da adesão a um organismo que também possui limites não somente expressos como, e principalmente, imanentes. Tanto é assim que, embora as normas supranacionais devam prevalecer até mesmo à Lei Constitucional,<sup>33</sup> isto não implica que a fonte de validade da constituição sejam os tratados constitutivos do ente supranacional, como ocorre com as leis

ordinárias e complementares, por exemplo, em face das normas constitucionais.<sup>34</sup>

De qualquer forma, o tema ora em destaque ainda não possui uma construção teórica satisfatória, até porque o direito das relações internacionais como um todo passa por uma intensa transformação. Contudo, somente a título especulativo, seria interessante refletir se não estar-se-ia voltando a uma aceção comparativa do termo soberania (atribuindo-se a ele uma gradação de esferas de competência), em contraposição a sua concepção superlativa (como caráter de poder máximo e único).<sup>35</sup> Esta interpretação, diferentemente do que possa aparentar, não é conflitante com a da impossibilidade de limitação da soberania, na medida em que os limites em ambos os entendimentos não deixam de estar presentes, mas tão-só internamente, ou seja, inerentes ao próprio conceito (não admitindo aumento ou diminuição exterior). Conforme bem analisou o Prof. NELSON FERREIRA DA LUZ, é uma espécie qualificada de poder “originário, exclusivo, incondicionado e coativo”, mas que é es-

32. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

33. Existe grande controvérsia com relação à prevalência ou não das normas comunitárias sobre as constitucionais, que por razões de delimitação metodológica não serão melhor estudadas no presente ensaio. Todavia, é interessante observar que mesmo na União Européia o entendimento em prol do primado do ordenamento jurídico comunitário derivou-se de um processo interpretativo que demandou grandes discussões jurisprudenciais, embora mesmo lá ainda persista o problema do potencial conflito entre o direito interno e o direito decorrente das relações internacionais. Sobre o assunto ver FONTOURA, Jorge. *A construção do direito comunitário europeu*. In PIMENTEL, Luiz Otávio (organizador). *Mercosul no cenário internacional – direito e sociedade*. V. 2, Curitiba: Juruá, 1998, p. 287.

34. Neste ponto, com as devidas adaptações, é perfeitamente cabível e pertinente a assertiva de Kelsen, de que “será, portanto, a ordem suprema ou soberana, aquela cuja norma fundamental não pertence a nenhuma outra ordem, a nenhum outro sistema de regras positivas –, por outras palavras, tem um princípio de validade que não é comum a nenhuma outra regra –, porque não foi criada, formulada, em conformidade com as prescrições de uma norma qualquer.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 43.

35. No período feudal, o próprios baronatos possuíam soberania, em que pese a sua dependência real. Sobre o assunto ver: ROMANO, Saint. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 87.



sencialmente limitado, pois o Estado de Direito não admite o arbítrio.<sup>36</sup> Ademais, a soberania caracteriza-se pela negação de subordinação do Estado a uma vontade superior, sendo, pois, vontade soberana a que não depende de qualquer outra. Argüir a impossibilidade jurídica da integração do Estado a uma comunidade seria, portanto, uma afronta ao seu poder de autodeterminação e mais, um óbice à sua manifestação de vontade.<sup>37</sup>

Essas observações não acarretam na asserção da inexistência do fenômeno da relativização da soberania. Pelo contrário, ele está cada vez mais evidente, mas por motivos outros, em sua maioria inerentes ao processo de globalização, na medida em que os Estados denotam-se submetidos à ordem econômica internacional e ao mercado. Na dúvida, faça-se uma comparação: qual o órgão que mais limita a soberania brasileira atualmente? O MERCOSUL ou o Fundo Monetário Internacional? Não estaria errado quem afirmasse ser o FMI,<sup>38</sup> pois este ente impõe políticas sem a uma real participação do Brasil no processo decisório

interno do órgão, inversamente do que se observa no procedimento do outro. Neste ponto, sim, está se ferindo a soberania, pois os Estados não mais têm a independência necessária para realizar suas políticas internas.<sup>39</sup> Ademais, além das entidades internacionais, pretensamente públicas, criadas e geridas pelas forças políticas hegemônicas do globo, cada vez mais ganham poder as chamadas "organizações complexas", autocontroladas e pertencentes ao setor privado. Segundo JOSÉ EDUARDO FÁRIA, estes organismos causariam o enfraquecimento do Estado na medida em que este "perderia sua capacidade de coordenação macroeconômica"; enfrentaria "a relativização da eficácia de seus tradicionais instrumentos de política industrial baseados na imposição de restrições aos fluxos de capitais e mercadorias"; e finalmente, veria "parte de seu poder decisório ser transferido para as áreas de influência do capital privado".<sup>40</sup> Neste contexto, alguns analistas internacionais já chegam a preconizar o fim do Estado-nação, principalmente considerando-se que perderam sua capacidade

36. Deve ser ressaltado, todavia, que o autor citado atribui outra consequência a afirmação de tais caracteres, chegando a afirmar que não há como atribuir soberania ao Estado. Segundo o professor, "a lição histórica está a nos indicar que só pode ser verdadeiramente soberano o Direito Internacional". LUZ, Nelson Ferreira da. *Soberania e direito internacional*. Curitiba: Requião, 1952, p. 17.

37. É oportuno ressaltar que a "vontade" aqui considerada representa uma manifestação do poder do Estado e não uma "vontade nacional", conforme a tradicional e criticada definição de Duguit. Sobre o assunto ver: AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Globo S. A., 1951, p. 76 e ss.

38. Embora não seja uma novidade histórica inerente ao processo de globalização a ingerência dos grandes bancos, individualmente ou através de organismos como o FMI ou o Banco Mundial nas economias dos Estados. Sua interferência, ainda que imperceptível, sempre esteve presente na história dos países subdesenvolvidos e somente tende a se sobrevalorizar nos próximos anos. Sobre o assunto, muito interessante a análise de SAMPSON, Antony. *Os credores do mundo*. Tradução de Ruy Jungman. 2 ed., Rio de Janeiro: Record, 1981.

39. A conjuntura político-econômica pela qual passa o Brasil atualmente é o exemplo mais recente deste fenômeno, que tem o FMI como "síndico" do capitalismo, em expressão de Expedito Filho e Felipe Patury em reportagem para a Revista Veja, de 10 de fevereiro de 1999.

40. FÁRIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.



de controlar as taxas de câmbio e de proteger suas moedas.<sup>41</sup> Por outro lado, também é ferido o poder soberano do Estado em razão do aumento da complexidade das relações sociais internas e do pluralismo jurídico em ascensão, principalmente nos países em desenvolvimento, embora tal aspecto tenha sido relegado nos últimos tempos, por conta da exaltação de um falso problema: a soberania jurídica enquanto óbice ao processo integrativo. Contudo, não é óbice e quiçá nunca tenha sido, seja para a integração

econômica, seja para a criação de uma estrutura judicial supranacional, a não ser para aqueles que se utilizaram equivocadamente deste atributo do Estado, seja como método de exaltação de seu nacionalismo exacerbado, seja como instrumento de alheação frente ao processo (este sim verdadeiro) de perda da soberania político-econômica dos Estados não desenvolvidos, em razão do imperialismo hegemônico do capitalismo cêntrico. Espera-se que a história corrija este erro.

---

41. Exemplo de tal análise internacional pode ser observada em: OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-nação*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996. Embora tal concepção deva ser observada com ressalvas, na medida em que denota uma inafastável carga ideológica economicista e liberal, que desconsidera o papel social, e até mesmo regulador, do Estado.