

## O PROBLEMA DA SOBERANIA E O DIREITO DAS GENTES

Nelson Luz

Professor de Direito Internacional Público da Fa-  
culdade de Direito da Universidade do Paraná.

Não é indiscutivelmente aceita pelos autores a etimologia do termo *soberania*. Provavelmente tem sua origem na expressão latina *super omnia*, ou no vocábulo do baixo latim *superanus*; ou ainda, *supremitas* ou *suprema potestas*, vocábulos que, de um modo geral, exprimiam um *poder*, antes comparativo e após superlativo, sómente limitado pelo poder de Deus.

Conquanto se possa conceber o conceito de soberania mesmo em ambientes extra-estatais (soberania familiar ou de índole religiosa), ela é, diz MACHADO PAUPÉRIO, “por sua essência, pública”, entendida assim como “a característica histórica e racional que distingue o poder político”, na expressão de ADOLFO POSADA. Por isso constitui “a fonte da capacidade jurídica do Estado”, segundo CHIMENTI.

Sendo causa formal do Estado, caracteriza-se especificamente como o poder de uma coletividade no sentido de realizar, para o grupo social, a condição de sua auto-suficiência.

Ora, o Estado é uma coletividade que, em determinado território, se organiza políticamente. Baseia-se, assim, no conceito de CARRÉ DE MALBERG, “não já sobre uma associação entre os indivíduos, mas sobre a organização estatal mesma”, tendo por efeito englobar os elementos individuais da nação num corpo único. Através dos seus órgãos, exerce, então, o Estado as suas atribuições com as características de “personalidade”, não real, mas jurídica, e portanto, “abstrata, mas não fictícia”. E o que transforma a coletividade em pessoa é a “capacidade de direitos própria”.

Se atentarmos, todavia, para tal atributo de "personalidade", concluirímos pelo seguinte: ela não basta para caracterizar o Estado, pois encontramos a "pessoa" em várias sociedades de direito privado. O que irá configurar o Estado é o fato de que o poder lhe é *próprio*. A êsse poder a terminologia francesa denominou de *soberania*.

Assim, em sua mais nítida interpretação, soberania não equivale estritamente a *poder*, mas a uma *certa forma de poder*, ou, mais explicitadamente, a um *certo gráu de poder*. Um Estado é, portanto, soberano, quando, exercendo seu poder na esfera das suas atribuições, não está sujeito a outro poder igual ou superior.

Con quanto essencialmente una, apresenta-se a soberania sob dois aspectos conhecidos: interno e externo. O que configura a soberania interna é a autoridade suprema do Estado sobre os seus indivíduos ou as associações públicas ou privadas formadas no território, autoridade assim entendida no sentido de que não há vontade superior a ela. A soberania externa afirma-se pelo fato de que o Estado está excluído de toda subordinação com referência a outros Estados, ou melhor, é *independente*.

Desde já é, pois, possível conceituar a soberania como uma *qualidade de poder*, pois é supremacia, manifestação absoluta, que se exerce, entretanto, na esfera de sua competência, e apenas nela.

De tal conceito surgem as regras seguintes: 1.<sup>º</sup>) — a soberania é *una*, porque não admite poder igual ou superior ao seu; 2.<sup>º</sup>) — é *indivisível*, porque pertence exclusivamente ao Estado; 3.<sup>º</sup>) — é *inalienável e imprescritível* porque, como diz QUEIROZ LIMA, "represents a própria personalidade da nação".

Para JELLINEK, entretanto, a soberania não é poder do Estado ou autoridade pública, e sim um aspecto especial dessa autoridade. Com referência ao Estado, segundo LABAND, "a determinação de sua própria competência, que se pode chamar

*a competência da competência*, é o critério próprio e essencial da soberania". E', assim, o poder que tem o Estado para limitar a sua própria competência.

O conceito alemão não se afasta dêste último ponto de vista. Apenas os doutrinadores alemães substituem o titular do direito de soberania; e aparece, em vez da *soberania nacional*, a *nação órgão*. Se, para a escola francesa, é a nação o titular da soberania, já para a escola alemã o titular é o Estado, sendo a nação simples elemento que o compõe, muito embora se reconheça que é ela o órgão, no Estado, pelo qual se realiza ou exerce a soberania.

HANS KELSEN, admitindo, sob certo aspecto, o Estado como o ponto final da imputação jurídica, como criação lógico-normativa, identifica-o ao Direito. A soberania "é a propriedade de ser de uma ordem suprema, uma ordem que já não deve a sua validade a uma ordem superior". Em última análise, portanto, o titular da soberania é o próprio Direito.

Estabelecido, assim, o conceito de soberania como sendo uma qualidade de poder, suprema na sua esfera de ação, pretendemos a solução do seguinte: quais as possibilidades de limitação desse poder?

CARRÉ DE MALBERG ataca de frente a questão. "A teoria moderna do Estado já penetrada da idéia de que o poder de dominação estatal, por ser um poder de natureza jurídica, é por isso mesmo um poder submetido ao Direito, e portanto necessariamente um poder limitado". Após a Revolução Francesa o Estado aparece como pessoa distinta da dos governantes, e portanto sujeito à disciplina jurídica. Não seja esquecida, além disso, a idéia moderna de que o indivíduo, como diz ESMEIN, têm direitos anteriores e superiores ao Estado, e que por este devem ser respeitados, idéia consolidada pela Revolução Francesa, que admitia o Estado limitado pelos direitos fundamentais de igualdade e liberdade. O Estado não deve, assim, constituir um fim em si mesmo, mas um meio para o desenvolvimento da sociedade em seus vários aspectos.

Estes últimos pensamentos encontram correspondência na doutrina de Kelsen. Por ela, a pessoa do Estado é uma expressão hipotética que designa o sistema de ordem jurídica. A competência do Estado é, pois, limitada à conformidade com a ordenação jurídica.

A soberania de outros Estados implica também limitação à soberania. Sob esse aspecto, NIEMEYER admite, perante o Direito das Gentes, duas manifestações do problema: 1.º) — soberania como "ausência de certas limitações e de existência de certas faculdades positivas de um Estado em relação aos outros Estados sob um aspecto de igualdade; 2.º) — soberania no sentido da mais alta competência jurídica para o estabelecimento das relações internacionais dos Estados".

Com referência ao primeiro caso, comenta, seguindo LISZT, a capacidade ilimitada de realizar atos com consequências jurídicas atribuída aos Estados *soberanos*, tidos como tais os que possuem capacidade jurídica, capacidade de obrar e capacidade legislativa. Aos Estados semi-soberanos cabem, assim, certas limitações à soberania, limitações essas de ordem *quantitativa* apenas.

Quanto ao segundo caso, cita sólamente as palavras de LAPRADELLE: "Perante a soberania dos Estados acaba de afirmar-se uma nova soberania: a da justiça!"

Fica, portanto, o problema estabelecido da seguinte maneira: a soberania, na comunidade dos povos, cabe a ela mesma ou aos Estados? A solução é simples: permanecendo a soberania do Estado, só é possível estabelecer-se uma Liga; e se um Estado cede sua soberania a um organismo superior, estabelece-se uma Confederação. Não há, entretanto, para NIEMEYER, incompatibilidade entre a "competência da competência" e a "participação internacional".

A doutrina de KELSEN, antes citada, ao admitir o monismo jurídico, combate o conceito de soberania do Estado, pois, quando qualifica uma ordem jurídica de *soberana*, dá-lhe, por isso mesmo, o caráter de *ordem total*. E porque considera *uno* o sistema normativo, não pode admitir sistemas de regras se-

não hierarquizados. Assim, por esse critério, a soberania do Estado seria *total*, isto é, não poderia admitir outra ordem superior (no caso, a do Direito das Gentes). E a própria existência jurídica de outro Estado, aceita através do “*reconhecimento*”, nada mais seria de que manifestação de um “direito nacional externo”. Ora, isto seria negar a igualdade jurídica dos Estados. Portanto, para que se conceba a coexistência dos Estados nesse sentido de igualdade, há que reconhecer-la num sistema jurídico convergindo para uma ordem total, que é internacional e soberana.

Daí, no dizer de KELSEN, só haver um único sistema de direito na fase atual das realidades jurídicas, e que é a ordem internacional.

Por consequência, só se pode falar em soberania do Estado, admitida a “pirâmide de competências”, sob o ponto de vista da competência do Estado em estabelecer um ordenamento jurídico dizendo respeito a uma coletividade hierárquicamente sujeita ao organismo total.

Por último, poderá ser dito que, embora lógica, a conceção kelseniana é, apenas, um ponto de vista na investigação doutrinária. Mas é como diz WILCHES: “é suficiente aceitar a realidade de que os indivíduos são os destinatários únicos de toda norma jurídica; que é sobre os seres humanos que convergem as regulamentações jurídicas, para compreender a unidade fundamental do Direito e ver que entre suas diversas disciplinas não existem diferenças essenciais, mas somente graus de hierarquia”.

Já FRANCISCO DE VITÓRIA previra a configuração da competência estatal, concebendo-a como emanação do Direito das Gentes.

A infra-estrutura das coletividades internacionais há muito perdura sem solução jurídica. Por isso, o Estado soberano, como conceção individualista, tende a desaparecer, pois está cumprida a função histórica das nacionalidades. “A principal das crises contemporâneas — diz WILCHES — é a ausência de correspondência entre o tipo jurídico de organização estatal e as exigências peremptórias de infra-estrutura supra-nacional”.

A realidade não é senão uma: o mundo contemporâneo está a exigir uma renovação de valores. O problema universal nunca esteve tão ligado aos interesses individuais como em nosso tempo. A ciência evoluída e o domínio do espaço trouxeram situações que estão a exigir uma solução imediata.

Entretanto, permanece o dique da concepção de Estado soberano. Permanecem, aqui e alí, disseminadas ainda por misóneístas ortodoxos, as doutrinas voluntaristas da "auto-limitação". A própria dialética Hegeliana, filosóficamente baseada num "*devenir*" Fichtiano, e, por consequência, caracteristicamente dinâmica, imbui-se, insuflada pela política facciosa, de atributos estáticos ao esbarrar na formação estatal. Daí não admitir, como seria lógico, o super-Estado formado pelo concerto das nacionalidades mas o super-Estado formado por uma nacionalidade.

Portanto, "soberania absoluta do Estado de Direito Internacional são termos antagônicos".

Há, pois, que se aceitar, necessariamente, uma revisão do conceito de soberania. E revisão no sentido de que ela não é atributo da própria natureza do Estado, mas uma "*competência*" conferida pelo Direito das Gentes.

E é possível mesmo, observada a soberania sob o aspecto isolado de *competência* atribuída ao Estado, conceber a êste (obrigatoriamente admitida a transformação do conceito clássico daquele termo) como soberano, isto é, capaz, ilimitadamente, de estabelecer todos os ordenamentos que dizem respeito à sua *esfera de ação*.

Com o primado do Direito das Gentes, pois, persiste a soberania estatal. Requer-se, apenas, que o conceito não tenha a mesma configuração clássica aludida; e que o Estado exerça, na hierarquia normativa, tão somente as atribuições de sua competência (não *competência da competência*, mas *competência delegada*), para mais lógica e mais justa consecução dos ideais humanos.

A nosso vêr, a soberania do Estado, desde há muito, deixou de ser apenas uma questão de solução jurídico-política, para tornar-se numa verdadeira mística, a insuflar patriotismos exaltados que, como tais, impedem a necessária visão dos direitos da humanidade considerada em seu conjunto.

Já muitos autores, em épocas diversas, mostraram ser a concepção da "competência da competência", limitada pelas fronteiras asfixiantes dos nacionalismos, o maior entrave para a evolução do Direito Internacional. O ambiente leigo já sinonimiza soberania com o amor à terra, às tradições, ao racismo, ao ufanismo dos elementos geradôres da nação. Os discursos de praça pública, quando pretendem acicatar os brios populares, sempre lançam, em alto e bom tom, através os trancelins de ouro dos verbos inflamados, o sagrado dever da pátria, os compromissos de honra para com a soberania; esquecidos de que ou a liberdade é um conceito limitado, ou deixa de ter sentido.

Não nos resta dúvida de que o principal problema em que nos debatemos sempre, é o problema da paz. Insustentável e utópica seria uma *paz nacional* se ignorássemos as soluções para uma *paz internacional*. Se o Estado, como comenta *Darcy Azambuja*, "é um meio para o homem realizar a sua felicidade social, é um sistema para conseguir a paz e a prosperidade"; se o fim do Estado, no dizer de *Giorgio Loris*, "é a tutela do Direito e a manutenção da paz", outro problema surge, de maior relevância, que é o da ambientação necessária dos Estados num sistema normativo e de paz universal.

"Quando se projeta a questão de como se poderia assegurar a paz — diz *Hans Kelsen*, — de como se poderia eliminar o emprêgo mais terrível da força — isto é, a guerra das relações entre os Estados, nenhuma resposta pôde ser mais evidente por si mesma do que esta: unindo a todos os Estados singulares, ou pelo menos o maior número possível em um Estado Mundial". Seria de mister, como acentúa *Casimir Maciejewski*, "a formação de organismos políticos de uma categoria mais alta do que o Estado".

Todavia reconhecemos que é curta ainda a perspectiva temporal em que se extendem as doutrinas renovadôras; e que é árdua a sua missão, tão árdua como bemfazejos hão-de ser os frutos que os homens do futuro colherão, de ordem e de tranquilidade.