

NELSON FERREIRA DA LUZ

SOBERANIA E DIREITO
INTERNACIONAL

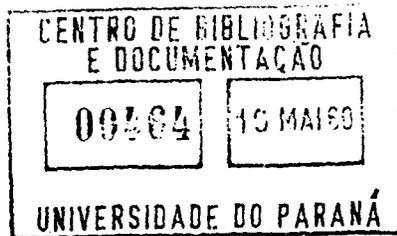
Tese de Concurso à Docência Livre da Cadeira de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.

CURITIBA

1961

UFPR - Sistema de Bibliotecas

BC/HUFPR - MEMBRIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANÁ
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 588/03 Registro:352,710
02/12/2003



CONCEITO DE SOBERANIA

Soberania, do baixo latim **superanus**, significa "autoridade suprema". É o "poder, numa sociedade política, de comandar e de obrigar". (1)

O conceito tem sua origem no direito francês, representando "o conjunto de direitos que pertencem ao Estado".

Admitido o fato de que não pôde uma sociedade subsistir sem um poder que lhe assegure o funcionamento, tal poder, — diz CARRÉ DE MALBERG —, nas sociedades estatais, é inerente ao Estado, sêr coletivo que personifica a nação.

(1) Dicionário LAROUSSE — "Souveranité" — Dic. da Língua Portuguesa, de Laudelino Freire. À palavra soberania correspondem três expressões latinas: **summa potestas, summum imperium e dominium**. Barbeyrac traduziu as duas primeiras por "souveranité", que os autores do século XVIII empregaram com o mesmo significado de "puissance publique, empire, autorité souveraine"... (Ver DERATHÉ: "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", pgs. 382/3). "A palavra soberania é um termo puramente francês, que não tem equivalente em outros idiomas e que basta para atestar a origem francesa do conceito de soberania" (V. CARRÉ DE MALBERG, — "Teoria General del Estado, pg. 83).

Assim, sob o ponto de vista jurídico, compete a êste o poder nacional, e é por tal que se distingue das outras corporações, como as de ordem privada, por exemplo.

A êsse poder do Estado, de caráter inconfundível, pois, deu a terminologia francesa o nome de **soberania**.

Não constitui esta, entretanto, mero poder; mas, sim, "uma qualidade, certa fôrma de ser, certo gráu de poder" (2), isto é, "o caráter supremo de um poder", assim entendido como aquele que não admite outro igual nem superior.

Para JELLINEK, o conceito de soberania foi formado sob o influxo de causas históricas, tendo, por isso, no que diz respeito ao Estado, um valor histórico e relativo (3).

Da luta medieval entre os reis de França e o Santo Império Romano originou-se a independência dos Estados reais com relação ao Imperador e ao Papa, externamente, e aos senhores feudais, internamente. Até então os próprios baronatos implicavam soberania, o que leva a aceitar o conceito como não caracterizado uma independência total, mas sim com acepção **comparativa**, atribuindo-se a êle uma gradação de esferas de competência.

Foi somente no século 16 que a soberania passou a ser concebida numa interpretação **superlativa**, como

(2) CARRÉ DE MALBERG, op. cit., pag. 81.

(3) JELLINEK — Teoria General del Estado, pag. 397.

caráter de poder máximo. É o conceito de LOYSEAU: "A soberania consiste num poder absoluto, o que quer dizer que é perfeita e inteira sob todos os pontos de vista; e por conseguinte não tem gráu de superioridade, pois o que tem um superior não pôde ser supremo e soberano" (4). É a "**summa potestas**" de BODIN (5), o qual, ao admitir que não existe Estado sem poder soberano, faz repousar a soberania no Príncipe, confundindo a **qualidade** do poder com o órgão através do qual êste é exercido.

Daí por diante, ao menos sob o ponto de vista que prevalece entre os autores franceses, apresenta-se a soberania, sob o duplo aspecto de soberania externa e de soberania interna, como um poder isento de tôda subordinação a qualquer ambiente estrangeiro e que se coloca acima de qualquer outro poder dentro do Estado.

Assim, a sua significação **negativa**: a soberania é considerada como a negação de tôda e qualquer dependência.

É de tal interpretação que CARRÉ DE MALBERG faz ressaltar os elementos em que se baseia para, acreditando que a soberania não é "**mais que um caráter do poder do Estado**", negar que ela se confun-

(4) JELLINEK — op. cit. pg. 85.

(5) BODIN, autor do século XVI, foi quem usou, em primeiro lugar, o termo soberania, caracterizando-a como o "poder absoluto e perpétuo de uma República", todavia limitado pelas leis divinas e naturais. A soberania do príncipe é, para êle, "infinita, ab omni conditione libera". (Vêr MACHADO PAUPÉRIO: "O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea", pg. 57; e CARRÉ DE MALBERG, op. cit., pg. 93, nota 3).

de com êste último; pois enquanto a soberania tem uma significação negativa, "o poder do Estado consiste essencialmente em poderes efetivos, em direitos ativos de dominação, tendo, por isso, necessariamente, um conteúdo positivo".

Não é outra a opinião de WILHELM SAUER (6): "O poder do Estado é o poder coativo supremo baseado na vontade coletiva; apoia-se, pois, sôbre base sociológica. Ao contrário, a soberania não é suscetível senão de consideração jurídica; é a independência jurídica com relação a outros Estados. E com isso concorda MIGUEL REALE, citado por PAUPÉRIO, quando afirma que não é possível confundir o "fato geral do poder" com a fórmula especial por que êste se nos apresenta no Estado moderno.

A evolução histórica do conceito leva-nos, entretanto, a observar a maneira pela qual foi confundida a soberania do Estado com o próprio poder estatal, ou, por outras palavras, o **poder** estatal com o **caráter** do poder. E deve-se tal confusão, de início, ao próprio BODIN, que admitiu, como integrantes da soberania, as manifestações positivas do poder do Estado, o que seria conceber a soberania como essencial a êste.

A concepção da soberania, sob os aspectos **abstrato** (do Estado) e **concreto** (do Príncipe), leva LOYSEAU a um segundo equívoco, quando aceita ainda com BODIN, o conceito a confundir-se com a pessoa do monarca, não pertencendo, pois, a soberania ao **Estado**, mas sim ao **órgão**. Daí ser esta um atributo inerente

(6) V. PAUPÉRIO, op. cit., pg. 19.

à pessoa que exerce, no Estado, o maior poder; passando, por consequência, a ser interpretada como "a qualidade pessoal em virtude da qual o rei possui o mais alto poder no Estado".

Adquiriu, pois, o conceito, — diz CARRÉ DE MALBERG —, observada a sua evolução, três interpretações distintas: a princípio, foi o caráter supremo de um poder, a **qualidade** do poder independente que caracteriza o Estado; depois manifestou-se com um caráter positivo, significando o conjunto de poderes que se fundem no próprio poder do Estado, confundindo-se com este. E por último revelou uma **posição** independente no Estado, identificando-se, por isso, com o órgão supremo. Atribuiu-se, então, ao monarca, além do exercício da soberania, a propriedade dela.

Analizemos os três pontos de vista:

1) — Sob o primeiro aspecto, continúa a soberania a ser entendida no seu sentido **negativo**, designando a qualidade do poder de um Estado que não está sujeito a nenhum poder igual ou superior. É, por consequência, a negação de toda subordinação. Apresenta-se, assim, com um duplo sentido: como soberania externa e como soberania interna. Sob o primeiro ponto de vista, considera-se como soberano o Estado que está isento de toda e qualquer dependência com relação aos outros Estados. Sob o segundo ponto de vista, a soberania manifesta-se já, ao que parece, com significação positiva, isto é, o Estado possui uma vontade suprema sobre as pessoas e o território, assim como com referência às suas relações com as entidades públicas ou privadas, cujo poder é sempre inferior ao seu. Entretanto, se há dois aspectos da soberania,

duas facetas, não se deve entendê-los como coisas distintas e sim como manifestações de um mesmo todo; porque, em última análise, o conceito permanece inalterado, significando um poder que não reconhece outro acima dêle.

Assim, por qualquer dos dois aspectos sob que seja analisado, é possível observar-se o conceito de soberania como eminentemente negativo; porque, se com referência ao ponto de vista externo, o Estado soberano apresenta-se como independente, é bem de vêr que sob o ponto de vista interno aparece com um caráter de poder sôbre os indivíduos e outras entidades, de conteúdo positivo na aparência, mas que, bem interpretado, significa tão sòmente a ausência de toda limitação por parte dêles.

Portanto, não será possível identificar a soberania sob qualquer dos dois aspectos, separadamente.

2) — Entre os autores franceses, principalmente, configura-se a soberania como **poder do Estado**. ESMEIN, no seu "Droit Constitutionnel" (7), representa a doutrina: "O Estado é a personificação jurídica dum Nação; é o sujeito e o suporte da autoridade pública. O que constitui de direito uma Nação é a existência, em qualquer sociedade de homens, de uma autoridade superior às vontades individuais. Essa autoridade, que naturalmente não reconhece poder superior ou concorrente quanto às relações que rege, chama-se **soberania**. Tem duas faces: a **soberania interior**, ou o direito de dar ordens a todos os indivíduos que compõem uma Nação e aos que residem no terri-

(7) LÉON DUGUIT — "Os elementos do Estado", pg. 62.

tório nacional; a **soberania exterior**, ou o direito de representar a Nação e estabelecer relações com as outras nações”.

Para LE FUR, a soberania é, nada mais, nada menos, que um “conjunto de direitos”; para PILLET confunde-se com “funções” do Estado; para MOREAU é “a expressão da individualidade do Estado”.

E', pois, para tais autores, a soberania, um conjunto de poderes exercidos pelo Estado, em virtude da sua **capacidade**. A capacidade jurídica está para o indivíduo como a soberania está para o Estado, diria ORLANDO.

O princípio da soberania nacional, adotado pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, aprovada pela Assembléia Constituinte da França Republicana a 26 de agosto de 1798, identifica claramente a soberania com poder. O artigo III do citado documento reza: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação, e nenhum indivíduo nem corporação pôde exercer autoridade que não emane expressamente dela”.

Mais clara, todavia, torna-se a orientação doutrinária que entende como soberania o poder do Estado, ao estabelecer, na Constituição Francesa de 1791 que: “A nação, da qual unicamente emanam todos os poderes, não pôde exercê-los senão por delegação”. Ora, é confundir personalidade com soberania, ou melhor, é confundir, em última análise, um atributo de **capacidade** (que visa a possibilidade de **exercício**), com a **qualidade** de um poder.

3) — A terceira interpretação diz respeito, como vimos, ao órgão supremo do Estado, que se identifica com soberania. Esta constitui, assim, como dissemos, uma **posição**, isto é, considera-se como soberano aquele indivíduo ou grupo de indivíduos que ocupam a mais alta atribuição do poder no Estado. E, sob tal aspecto, é a revivescência da soberania do Príncipe, na monarquia absoluta francesa, com a diferença, apenas, de que o poder estatal, então manifestado como **vontade pessoal**, passa a ser revelado como um resultado da **vontade geral**, a soberania pertencendo ao povo.

Parece judiciosa a crítica do citado CARRÉ DE MALBERG às referidas interpretações. Atribui o autor tais confusões como efeito de uma terminologia impotente. E exalta os autores alemães, que adotam, para os três sentidos da palavra, significações mais condzentes. Assim, usam êstes SOUVERANITAT quando querem fazer referência ao poder estatal independente; STAATSGEWALT, quando se referem aos poderes efetivos do Estado; e, finalmente, a HERRSCHER, quando fazem alusão ao monarca, à pessoa que tem o poder de mando.

* * *

Não é possível, pois, confundir-se soberania com poder do Estado ou com o órgão do Estado que exerce tal poder. Consiste ela, em sentido específico, numa **qualidade** do poder. Uma qualidade de caráter absoluto, não admitindo, portanto, gradações. "A soberania, — diz JELLINEK — é uma propriedade que não é suscetível nem de aumento nem de diminuição".

A Declaração dos Direitos do Homem, em 1789 e várias Constituições baseadas na de 1791 fixaram-lhe os atributos: a) — unidade; b) — indivisibilidade; c) — inalienabilidade; d) — imprescritibilidade.

A **unidade** caracteriza a soberania como um todo único. Numa mesma ordem jurídica não seria possível admitir várias soberanias pelo fato mesmo de entender-se aquela como uma qualidade **suprema** de poder.

Do fato da **unidade** origina-se a característica da **indivisibilidade**. Assim, a soberania sendo **una**, é indivisível; fraccionada, deixaria de ser o todo que a tipifica. Entretanto, admite-se a possibilidade de ser divisível o seu exercício; dêste modo observa-se, no Estado moderno, o seu exercício distribuído entre vários órgãos. De qualquer modo, porém, — diz QUEIROZ LIMA, "nenhum individuo, grupo de individuos, departamento ou circunscrição administrativa, pôde pretender para si uma parcela qualquer do poder soberano".

E' **inalienável** porque não pôde ser transferida. A renúncia à soberania, pelo fato mesmo da sua unidade, constituiria a sua morte. A soberania alienada deixaria de ser o que é.

E é **imprescritível** no sentido de impossibilidade de decadência; porque representa, no dizer do citado autor, "a própria personalidade da nação".

ZANZUCCHI e RANELLETTI,, (8) atribuindo a soberania ao Estado, concordam em que os citados

(8) PAUPÉRIO, pg. 27.

atributos podem ser objetivados de maneira mais exata se concebermos a essa como constituindo um poder **originário, exclusivo, incondicionado e coativo**. Assim, o poder soberano é originário porque não descende de qualquer outro poder. O Estado é, ao menos sob o ponto de vista territorial, uma ordem jurídica soberana **originária**.

É exclusivo o poder soberano, pelo fato de não poder ser manifestado por outras coletividades, a não ser por concessão do próprio Estado.

Juridicamente é, pois, a soberania **incondicionada**, assim entendida como podendo se permitir a modificação da normatividade existente no Estado.

Por último, configura-se a soberania como de atributo **coativo**, cabendo ao Estado impôr coativamente, com "meios próprios" e fôrça própria, as suas normas.

* * *

Por ser o caráter supremo de um poder, não é, entretanto, a soberania uma "conditio sine qua" do Estado.

Se concebêssemos soberania identificando-se a poder do Estado, bastaria a afirmação de que não há êste sem aquele para que concluíssemos ser-lhe a soberania elemento essencial.

Entretanto, sob o ponto de vista a que nos filiámos, muda a questão radicalmente de aspecto. O que caracteriza o Estado não é a soberania, — diz JELLINEK, — mas o poder, no sentido de que êste pertence ao Estado, e de que o Estado não pôde existir sem êle.

É certo que toda associação que se organiza em unidade jurídica exerce poder sobre os seus membros. Mas o poder coativo não pode ser exercido por ela própria, mas pelo Estado. Só a este cabe "o poder de coação irresistível" (9). Tal dominação é que distingue o poder do Estado de qualquer outro poder. Muito embora se observe a existência de uma atitude dominadora em coletividades regionais (de polícia municipal, por exemplo), não é ela, entretanto, mais que um poder **derivado**, submetido ao do Estado. O que vai caracterizar, portanto, a este, é o fato de exercer um poder **originário**. Sob o aspecto desse caráter originário de dominação é que se pode configurar o Estado. "A marca distintiva e a condição de Estado é a existência nêle de um poder originário de dominação". Poder originário que, por conseguinte, funda-se na força própria e na vontade da coletividade, isto é, na capacidade de auto-organização, que, embora apareça, em certos casos, com certo grau de limitação, existe, todavia.

Além dessa capacidade de organizar-se autonomamente, como manifestação de uma vontade autônoma, exige ainda o referido autor, como consequências mesmas da necessidade de poder de auto-organização: a) — a existência de um órgão próprio, supremo; e, b) — a posse das funções do poder do Estado, sob o tríplice aspecto da legislação, administração e justiça.

A existência, numa coletividade territorial, desse "poder originário de dominação" é o que se entende

(9) CARRÉ DE MALBERG, op. cit. pg. 158.

por "autonomia". E esta distingue-se fundamentalmente da soberania (ou independência) pelo fato de ser de característica **positiva**, enquanto a outra é uma qualidade **negativa** de poder.

Não deixam, contudo, alguns estudiosos do assunto de conceber soberania como a "competência da competência" dos autores alemães, ou, no dizer de LE FUR, como "a qualidade que tem o Estado de não se obrigar nem se determinar senão por sua própria vontade". Por conseguinte, tanto o Estado soberano como o não soberano caracterizam-se pela faculdade de auto-competência. Mas, enquanto o primeiro possui tal faculdade num sentido de ilimitação, o segundo a possui limitada, sendo, embora, completo o seu poder.

A soberania é, assim, tão somente, mero grau de poder. Ou, dizendo melhor; é o **supremo** grau de poder.

No que consiste, entretanto, esse caráter de ilimitação? Para JELLINEK, 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 vontade. A elaboração constitucional é **própria**, o que levaria a supôr a possibilidade do Estado vir a suprimir o seu ordenamento jurídico. Porém, tal supressão implicaria, por sua vez, na negação do Estado. Se o seu poder de dominação deve ser **originário**, é um fator da sua **vontade**. Mas, de qualquer modo, esse poder deve existir para que exista o Estado. Portanto, se há **ilimitação** no que diz respeito à capacidade de auto-organização, é bem de vêr que, por outro lado, o Estado fica **limitado** essencialmente à existência de uma ordem jurídica. Assim,

a soberania passa a ser "a propriedade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a êste a capacidade de determinar-se juridicamente e de obrigar-se a si mesmo".

Pelo fato de não ser a soberania um conceito absoluto, mas histórico, em realidade histórico-jurídico — diz FISCHBACH (10), não se pôde falar em situá-la sôbre o Direito. Sendo indispensável ao Estado uma Constituição, esta forçosamente há-de obrigar tanto ao Estado como aos súditos. Portanto, aquele conceito é **ilimitado** apenas no sentido de que não há outro poder capaz de impedir a modificação do ordenamento jurídico.

Tais concepções têm as suas longínquas antenas na opinião de IHERING (11), quando afirmava que o poder supremo deve ser o apanágio do Estado. O papel dêste está na faculdade de auto-organização que é a "arte do Estado" e cuja técnica pôde ser mais ou menos desenvolvida, visando, sempre, entretanto, o fim a que deve servir.

BODIN, ao conceber que "a soberania é o poder absoluto e perpétuo duma República", caracterizava-a como um poder ilimitado e permanente, sômente sujeito a Deus. Isso não significa entretanto, — diz CABRAL DE MONCADA, citando ALLEN, que interpretasse o conceito como descendendo de uma criação divina; mas, muito pelo contrário, como resultando das necessidades humanas. Assim, — continúa o autor,

(10) O. G. FISCHBACH — "Téoria General del Estado", pg. 136.

(11) R. v. IHERING — "A evolução do Direito", pg. 263.

— subordinava a soberania à idéia do Direito, estabelecendo-a "não fóra ou para além dessa idéia, mas precisamente dentro dela" (12). Além disso, considerava como fóra da ação soberana dos Príncipes, a esfera "dos direitos sagrados da família e da propriedade". E se êsses eram considerados como detentôres de um poder superior às leis, a sua supremacia referia-se ao direito escrito, nunca ao Direito pròpiramente dito, ao Direito em sí. Admitindo, outrossim, que a principal finalidade da república devia ser a virtude, a esta, conseqüentemente, limitava o poder do príncipe; assim como subordinava tal atributo de soberania às leis fundamentais do Estado.

Por tudo isso, BODIN sugeriu o ideal de um Estado limitado pela Moral e pelo Direito.

A soberania, pois, com ser **suprema** na sua esfera de ação, não é, todavia, ilimitada. Não fôsse limitada juridicamente, levaria ao despotismo e à anarquia, à ausência de poder que tipifica o Estado.

Outras limitações, ainda, poderiam ser apontadas: se o Estado deve realizar o bem comum, não poderia infringir a Moral, pois "nenhuma autoridade é legítima — diz DARCY AZAMBUJA — (13) se não conforma sua atividade às normas universais de justiça, equidade e dever moral..." Não poderia, também, exercer um poder ilimitado sôbre as pessoas. E a existência das relações entre os Estados constitui, sem dúvida, uma limitação à soberania.

(12) CABRAL DE MONCADA — "Filosofia do Direito e do Estado", pg. 119.

(13) DARCY AZAMBUJA — "Teoria Geral do Estado", pg. 86.

Ora, considerando a soberania como o maior grau de poder, ou como a "competência da competência", insistem tais autôres em atribuí-la ao Estado. E nisto somos levados a discordar dêles.

Para um determinado período histórico, é verdade, a soberania disse respeito ao Estado; pertenceu ao ciclo das nacionalidades, cuja missão, para quem deseja encarar as realidades sociais, está cumprida. Querer a revivescência de um estado de coisas já de há muito superado, é procurar implantar, no mundo, o despotismo e o arbítrio. Ao Estado de hoje é humanamente impossível, e juridicamente também impossível, o "bastar-se a sí mesmo". As páginas da História mais recente estão a atestar o destino do ufanismo descontrolado dos totalitarismos. . .

"À realidade atual repugna, — como nota WILCHES, — a concepção individualista do Estado. Vivemos sob um regime de comunidade internacional, solidários na paz e na guerra" (14).

Não há, pois, como atribuir soberania ao Estado. A lição histórica está a nos indicar que só póde ser verdadeiramente soberano o Direito Internacional.

(14) WILCHES — "Le nouveau droit des gens", pg. 77.

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE SOBERANIA E AS INTERPRE- TAÇÕES DOCTRINÁRIAS

O conceito de soberania aparece na história quando, pelo fortalecimento dos Estados, houve possibilidade de ser o poder disputado.

Implica, pois, o advento de esferas de competência no âmbito público, que, contemporaneamente, pretendem o supremo grau de poder. Por isso, a Antiguidade e mesmo a Idade Média desconhecera a soberania, pelo fato de não haverem conhecido Estados em pé de igualdade, ou com potência equilibrada.

Assim é que, nas organizações da Grécia e Roma, para não citarmos a outras tantas, o Estado aparece manifestando sempre um poder absoluto e caracterizadamente indisputável. "A religião que criara o Estado, — diz FUSTEL DE COULANGES, — e o Estado que cuidava da religião, apoiavam-se mutuamente e aparentavam um só corpo; êstes dois poderes associados e confundidos formavam um poder quasi sobrehumano, ao qual a alma e o corpo se achavam

igualmente submetidos". (15) Os haveres, os desejos, as manifestações da vida privada, o próprio corpo do homem, e também sua alma, tudo estava sujeito à tirania do Estado. Foi pela descrença manifestada contra a religião oficial que Sócrates foi obrigado a beber a cicuta. E foi visando a integração do homem ao cânon cívico, que Roma, ao que conta Plutarco, promulgou normas proibindo, sob pena de morte, que qualquer indivíduo pretendesse ser um rei.

O período medieval apresenta-se-nos, sob o aspecto político, com uma subordinação dos ambientes territoriais ao Imperador e ao Papa. O desejo, entretanto, de independência dos senhores feudais com relação ao Estado, dá origem às lutas levadas a efeito, pelos reis da França principalmente, para a manutenção da sua soberania interna; externamente, porém, há um problema bem mais árduo que consiste na independência relativamente ao Santo Império Romano e ao Papado. (16)

O instinto associativo teutônico, que tudo organiza em grupos, é que influencia, segundo THEODOR STERNBERG, a Idade Média. Foi tal instinto que deu

(15) FUSTEL DE COULANGES — "A cidade antiga", pg. 342, volume I.

(16) "De um modo geral o Estado não era a organização predominante dentro da comunidade. Seu predomínio era disputado por várias autoridades poderosas: em primeiro lugar a igreja, que lutou para fazer do Estado seu servidor; em segundo, o Sacro Império Romano, que pretendia universalidade e não reconhecia a existência de Estados territoriais independentes; e finalmente os grandes senhores feudais, as municipalidades autônomas e os grêmios, todos os quais se consideravam poderes independentes e de igual hierarquia que o Estado. O controle sobre os indivíduos dentro de uma região de-

origem a um vasto número de comunidades, cada uma desenvolvendo "um Direito próprio ao lado de usos próprios e de um sentido próprio de honra". Nessa época, sobressai mais o chamado "Direito feudal", que domina as organizações estatais; e nêle baseiam-se o militarismo, as hierarquias cavaleirescas e certos direitos dizendo respeito aos domínios dos feudos. "Até a Deus imaginava-se no céu como um grande senhor feudal no mais alto pôsto dos exércitos celestiais." (17)

O caráter da Idade Média determina-se, entretanto, menos pela hierarquia feudal do que pelo poderio da Igreja. E a competência do Direito Canônico não somente domina os assuntos clericais, mas alastra-se pelo campo laico sempre que, em tal setor, aparece uma significação religiosa. É assim que a Igreja, adotando uma legislação cujos fundamentos últimos baseiam-se no Direito Romano, adapta a êste conforme as suas necessidades, e cria normas novas, a infiltrar-se pelo direito matrimonial, pelo direito penal, etc., contribuindo, de maneira altamente significativa, para o desenvolvimento jurídico da posteridade.

terminada, compartiam-no geralmente várias autoridades; estas autoridades competiam a miúdo entre si, disputando-se a fidelidade daqueles. Não havia um sistema jurídico unificado. Havia vários poderes independentes que pretendiam ter autoridade jurídica decisiva. A falta de um órgão supremo coordenador dos diversos sistemas jurídicos, produzia com frequência uma confusão intolerável. O barão feudal, o rei, a igreja, o município, tratavam todos êles de fazer-se independentes do Direito dos demais e superiores a êle" (EDGAR BODENHEIMER — "Teoria del Derecho", pg. 73/4).

(17) THEODOR STERNBERG — "Introducción a la ciência del Derecho", pg. 81.

Em virtude mesmo da diversidade de direitos locais e especiais, a legislação geral da Idade Média teve pouca importância; e o mesmo ocorre com o que diz respeito ao desenvolvimento do Direito político.

Assim, vai-se enfraquecendo o poder central, como resultante da exagerada diversidade das normas; e tende a extinguir-se completamente com o robustecimento da feudalização, no ambiente interno, e das aspirações de soberania do Papa, externamente. Ao fim da Idade Média, os condes, de funcionários reais que eram, tornam-se senhores hereditários, organizam círculos eleitorais, atribuem-se prerrogativas de **soberanos**.

O que vai, todavia, na França, contribuir para a caracterização da supremacia do rei perante os senhores feudais é, por um lado, a habilidade dos legistas, e, por outro, o poderio econômico da corôa. A aquisição de territórios vai fazendo desaparecer os feudos; os seus senhores são levados, com isso, a prestar vassalagem e pagar tributos. Até que, em determinado momento, a soberania passa a constituir apanágio real, considerada como a autoridade do rei.

Externamente, contudo, a luta contra o Império e contra a Igreja foi mais difícil, principalmente quanto a esta última. Ao Imperador competia, então, a "**plenitudo potestatis**" sobre todos os reis da Europa. Já no século XII, entretanto, França, Inglaterra, assim como algumas cidades espanholas e outras italianas, entre estas Florença e Pisa, passam a negar tais atributos.

Ao iniciar-se o século XIV, a oposição de França ao Papado iria levar ao cisma de Avignon e à afirmação da soberania do rei. A luta travada entre Bonifá-

cio VIII e Felipe; o Belo, culmina com a independência do Estado francês. Deve cessar, então, a influência temporal da Santa Sé relativamente aos Estados europeus. O Estado francês, organização política, deixa de ser subordinado à Igreja, organização religiosa.

Assim, o "conceito de soberania, — diz FISCHBACH, — surgiu pela primeira vez quando alcançou seu ponto crítico a relação do Estado francês com o Pontificado como potência temporal". (18)

Embora a expressão **soberano** apareça já na Idade Média, não era senão um conceito **comparativo**, referindo-se à autoridade dos senhores feudais sobre as respectivas jurisdições territoriais. Quando o poder real, todavia, afirmou-se acima daqueles, o conceito de soberania, de **comparativo** que era, tornou-se **superlativo**.

A partir do século XV, afirma-se êsse poder absoluto do rei, conseguindo-se, por isso, a unidade do Estado. A monarquia é, dentro do território, um poder que se opõe às outras unidades e à própria Igreja. A tendência desta, com o avançar do tempo, é, por muitas vezes, por força do robustecimento gradativo do poder civil, de subordinação ao Estado.

O advento do Humanismo, no século XVI, dominando a Europa, estabelece, bem caracterizadamente, o sentido de laicização do Estado. O movimento da Reforma, principalmente com Lutero, impõe uma modificação ao ambiente religioso, para tal necessitando, todavia, da influência compulsiva dos poderes ci-

(18) FISCHBACH, op. cit. pg. 132.

vís. Nos momentos culminantes da luta ideológica, pretende-se o desmoroamento da origem divina da autoridade da Igreja.

O poder soberano do Estado sôbre o seu território e seus habitantes tinha por resolver uma questão de magna importância: os fundamentos dêsse poder. E a política magistral dos reformadores consistiu em negar à Igreja os atributos de poder divino, ao Papa delegados, e tão sômente a êle, passando a atribuir a soberania aos príncipes.

O chefe do Estado, como Henrique VIII, na Inglaterra, manifesta-se como senhor absoluto em seu reino, atribuindo-se competência de "rei, imperador e Papa".

Em França, Francisco I apresenta-se como soberano absoluto, considerado como o maior rei no mundo. Não se limitando aos atributos de ordem civil, invade a órbita religiosa e impõe sôbre o clero a sua soberania, inflingindo-lhe impostos e decidindo sôbre assuntos de competência até então eclesiástica.

E' o caráter **superlativo** do conceito de soberania interpretado por BODIN. Êste é quem, pela primeira vez, a configura juridicamente, considerando-a como o mais alto poder no Estado.

Com o Humanismo desaparece a unidade da Igreja e do Império, superada, como vimos, pela afirmação do Estado francês, que já não aparece submetido a nenhum outro poder, baseando a sua existência num direito **próprio** e, além de próprio, **originário**.

Atribuindo ao Estado uma "potência soberana", um "domínio sôbre uma pluralidade de famílias, do-

tado de poder soberano, isto é, revestido de um poder supremo e independente no exterior e no interior”, afirmou BODIN uma conceituação absolutamente nova (19); pois as concepções anteriores, medievais, concebiam a soberania em sentido oscilante, ora interpretando o conceito como sendo atribuído ao **soberano**, considerado como representante divino, ora confundindo soberania com o direito privado de propriedade.

Com BODIN, como diz JELLINEK, afirmam-se todos os aspectos da soberania; assim, o comparativo soberano passa a ser superlativo: a “superiorita” transforma-se em “suprema potestas”. (20)

A concretização da doutrina encontrou um ambiente propício nas lutas pela afirmação do Estado. O vigor do conceito, como bem acentua CABRAL DE MONCADA, deve-se ao fortalecimento da “autonomia do político”. Foi por essa razão que, conquanto o poder supremo do Estado já aparecesse bem definido mesmo em Roma (majestas ou potestas), e na Idade Média, (quando, em virtude do poder do Império, não se consolidou uma autonomia política estatal, pelo que o conceito de soberania era relativamente anêmico), êste só conseguiu uma valorização absoluta ao ser imposta a independência dos Estados.

(19) BODIN define o Estado como “um reto govêrno de vários agrupamentos, e do que lhes é comum, com **poder soberano**”. “Nesta definição — diz CARRÉ DE MALBERG, (op. cit. pg. 85) — a palavra soberania entende-se como equivalente de **supremo**; prova disso é que, em sua edição latina, BODIN traduz poder soberano por **summa potestas**. O poder soberano aparece-lhe, pois, como o mais alto poder possível, e a soberania como o grau mais elevado do poder”.

(20) JELLINEK — op. cit., pg. 370.

E', pois, como consequência das lutas entre os Estados, no sentido da imposição da sua independência, que nasce o conceito de soberania. E daí a razão pela qual só é possível a concepção dela quando os fatos históricos apresentam a possibilidade de oposição de poderes, ou melhor dizendo, quando há possibilidade de poderes, de tal modo conformados, que lhes seja permitida uma competência **originária**.

A origem do poder soberano atribuído, então, ao rei, tem sua explicação desde os teólogos medievais, cujos pontos de vista não são, contudo, uniformes.

Embora admitissem que todo o poder vem de Deus, segundo a frase de São Paulo "omnis potestas a Deo", alguns concebiam tal poder como de direito divino **sobrenatural**, enquanto outros o fundamentavam no direito divino **providencial**, na expressão de VA-REILLES-SOMMIÉRES.

Segundo a orientação da teoria do direito divino sobrenatural, o titular da soberania é o indivíduo que, no Estado, exerce o poder. Este, em última análise, pertence a Deus; e é delegado ao chefe do Estado, que o exerce sobre o povo. Em virtude disso, o governante só tem direitos, e não deveres, para com os seus governados. Se Deus é a origem de todas as coisas e é por vontade divina que existe uma autoridade, um Estado, uma sociedade; se designa o titular do poder, tal titular só deve prestar contas dos seus atos, é claro, a Deus.

Disso, os legistas concluíram a consequência lógica de que se "o rei não recebeu de ninguém o seu Reino, senão de Deus e da sua espada", o poder temporal afirmava-se como soberano, e não poderia o che-

fe do Estado ser considerado como herético ao negar mesmo a supremacia da Santa Sé; bem como sentia-se autorizado a implantar a sua vontade sôbre a nobreza e sôbre o povo, realizando uma teocracia absoluta.

Em conformidade com a segunda teoria teocrática, do direito divino providencial, o poder político, conquanto proceda, também, de Deus — fato que poderia levar a uma conceituação idêntica das duas doutrinas, — não é, entretanto, delegado diretamente e, sim, mediatamente. Segundo ela, o poder político realiza-se por meios humanos, sob a direção da Providência divina. Isto é: são os próprios acontecimentos humanos que levam à indicação do titular do poder, como ocorrência providencial, a Deus sujeita.

Foi S. TOMÁS DE AQUINO quem afirmou, para o poder, três elementos a saber: o princípio, o modo e o uso. O princípio tem sua origem em Deus, criador de tôdas as coisas. O modo, entretanto, e o uso do poder, dizem respeito aos homens. Assim, o povo é a origem humana da soberania. Por isso, as leis humanas, quando vasadas em justo critério, têm a fôrça de submeter o povo; se, todavia, são injustas, passam a exceder a autoridade divina, pelo que “não se é obrigado a respeitá-las, se se puder resistí-las sem escândalo ou males maiores”.

Tal doutrina é aceita também por BELARMING e SUAREZ. Diz o primeiro que “o poder é de direito divino, mas o direito divino não deu êsse poder a nenhum homem em particular, deu-o à multidão”. Assim sendo, sômente cabe ao povo ser depositário, e não proprietário da soberania, pois é Deus a origem

de toda autoridade; e como depositário, pôde o povo delegar a autoridade a um ou vários indivíduos que a exercerão em nome do direito divino.

Para SUAREZ, nos fins do século XVI, o homem é o "animal político" a que se refere Aristóteles. E embora, pela lei natural, não seja, por nascença, submetido a outro, é, — pelo fato mesmo de ser social, de não poder subsistir senão em comunhão com os outros homens, — naturalmente inclinado a viver subordinado. Daí, a justificação do poder político, que, se imediatamente procede dos homens, tem sua origem mediata em Deus.

Tal poder político, todavia, carece de atributos de absolutismo, por ser, como o admite o grande teólogo espanhol, apenas "**supremo in suo ordine**", isto é, livre de coação na esfera de sua competência.

Cabe ao Estado, por consequência, não um **poder de dominação**, mas, somente, um **poder de jurisdição**. Visa, como "sociedade perfeita" que é, o bem comum, devendo, pois, realizar os anelos coletivos, pelo que não lhe cabe impôr arbitrariedades. O legislador, como integrante do Estado, a êste deve estar submetido.

E', portanto, para SUAREZ, a soberania, a característica do poder do Estado de ser supremo em sua esfera de ação.

A aceitação, pela doutrina do direito divino providencial, de que o poder reside na comunidade, implica a possibilidade, como faz ressaltar DUGUIT (21), da implantação de todas as fórmulas de governo: a mo-

(21) LÉON DUGUIT — "Soberania y libertad", pg. 157.

narquia, a aristocracia, a democracia. E leva-nos a admitir a teoria como a precursora mais direta da doutrina da soberania popular, apregoadá, cêrca de dois séculos depois, pela discutidíssima individualidade de JEAN JACQUES ROUSSEAU.

Històricamente, seguem-se às teorias teocráticas, as chamadas doutrinas democráticas, que atribuem o poder político ao povo.

O que, genêricamente, diferencia as duas correntes é, nada mais, nada menos, que o aspecto metafísico em que se estribam as primeiras e de que se divorciam as segundas.

Um dos mais importantes defensôres das novas concepções é, em ordem cronológica, THOMAS HOBBS que, no século XVII, marca uma nítida etapa da evolução do sentido laico do direito, sendo, por essa fôrma, um continuador fervoroso do Humanismo renascentista.

O que caracteriza a filosofia do grande pensador inglês é a despreocupação metafísica, com a aplicação, por influência de BACON, de uma "ciência da natureza". O que revelavam os indivíduos humanos, empíricamente considerados, em "estado de natureza", era um egoísmo ilimitado. Sôbre o axioma do "homo homini lupus" constrói HOBBS o conceito de Estado. Êste aparece como consequência da necessidade de sobrevivência humana, configurado como um poder disciplinador dos atos do homem, impedindo a situação natural de anarquia.

A soberania, então, deixa de pertencer a todos os indivíduos, para ser o resultado de um contrato ir-rescindível. Daí ter a autoridade oriunda de tal con-

trato atributos ilimitados, tanto sob o ponto de vista temporal, como sob o aspecto espiritual; pois somente assim concebe o filósofo pessimista a possibilidade de sujeição de tão violentos indivíduos.

Conquanto admita HOBBS a origem do poder residindo no povo, o fato é que para êle a soberania, uma vez alienada, não torna a ser recuperada; idéia esta que caracteriza a tendência absolutista a que leva a sua doutrina.

Entre as originais contribuições de HOBBS, diz CABRAL DE MONCADA, — cita-se a concepção de soberania, que, "não obstante a sua raiz democrática, conduzia à monarquia absoluta e ao mais despótico dos totalitarismos políticos". Ademais, — salienta o autor, — tais idéias vão-se opôr às posições doutrinárias já conquistadas anteriormente, consistentes, primeiro, na distinção entre o povo e o imperante e, segundo, na distinção entre Estado e Direito. (22)

HOBBS nega a possibilidade dos pactos, pois só admite um, originário e definitivo, que é o contrato social criador do Estado. E não faz distinção entre este e o Direito, pois só concebe o segundo como fruto do primeiro. Além disso, deixa de reconhecer o dualismo Igreja-Estado, para aceitar uma submissão hierárquica da ordem religiosa à ordem estatal.

"O êrro do filósofo, — como observa DEL VECCHIO, — encontra-se na própria raiz da sua doutrina e consiste em limitar arbitrariamente pelo egoísmo a natureza humana". (23)

(22) CABRAL DE MONCADA, op. cit. pg. 175.

(23) DEL VECCHIO — "Lições de Filosofia do Direito", pg. 109.

Todavia, a doutrina Hobbesiana dá uma grande amplitude ao conceito de soberania, ao atribuir à autoridade um poder ilimitado. Daí, ser JELLINEK levado a aceitar que "o conceito de soberania não alcança sua expressão suprema em BODIN, para quem o soberano está obrigado pelas leis divinas e pelas leis naturais. A absoluta ilimitação jurídica que incide no conceito do "summum imperium", pretende-se haver sido fundamentada pela primeira vez por HOBBS.(24)

À influência de HOBBS, segue-se a orientação de LOCKE. Conquanto este admita, como o primeiro, o homem primitivo em "estado de natureza", não aceita, entretanto, a violência e a anarquia como caracterizadoras da atitude dos grupos sociais. Muito pelo contrário, concebe a época primitiva em boa ordem, à qual não faltam, contudo, como contingências da própria natureza humana, os entrechoques entre o mais forte e o mais fraco. É pela necessidade de um poder disciplinador da conduta, que se cria, então, a autoridade, cujo imediato objetivo consiste em harmonizar os interesses em conflito.

O Estado surge como o resultado de um contrato. Tal criação, todavia, através das concepções de LOCKE, apresenta-se já com característica acentuadamente liberal de vez que não há, como na doutrina Hobbesiana, a prepotência do imperante, oriunda de um pacto irrevocável; mas, sim, uma autoridade originada pelo **consentimento** dos indivíduos que, embora concebendo a necessidade do Estado, não alienam, não cedem, entretanto, os seus direitos de maneira total.

(24) JELLINEK — op. cit. pg. 370, nota 2.

Daí competir ao Estado o respeito aos direitos naturais do homem. E, assim, as limitações do poder centralizador.

Dessa maneira, é o Estado "mero instrumento do indivíduo" (25). A verdadeira soberania reside no homem; e é inalienável, podendo ser parcialmente cedida em caráter transitório, a certos representantes. Obedecendo à autoridade, pois, o homem não obedece senão a si mesmo.

O fato de considerar LOCKE o homem ao mesmo tempo como soberano e súdito, como vontade ao mesmo tempo livre e limitada, vai encontrar paralelo na concepção Rousseauiana.

É ainda o pensador inglês quem vai lançar para a posteridade, — acentua CABRAL DE MONCADA, — como um dos atributos mais marcantes da sua doutrina, o princípio da "divisão dos poderes", estabelecendo, assim, um "hábil meio de defesa" contra a possível exorbitância dos representantes. (26)

De qualquer modo, o que mais ressalta na concepção de LOCKE é, sob o ponto de vista da soberania, a incontestada influência do "elemento individualista". O contrato social, que era em HOBBS, mera explicação de um processo racional, passa a constituir, também com LOCKE, um princípio político além de ético, um verdadeiro momento ideológico.

(25) CABRAL DE MONCADA, op. cit. pg. 214.

(26) Para LOCKE, o poder legislativo é atribuído à maioria dos representantes do povo; o executivo (administração e justiça), é atribuído ao rei; o federativo diz respeito às relações externas. (V. MONCADA, op. cit., pg. 217).

Daí por diante afirma-se, cada vez mais, como centro das idéias políticas entre os povos civilizados, o princípio, quantas vezes combatido, tantas vezes dominante, dos "Direitos do Homem".

As idéias do "estado de natureza" antecedendo à sociedade civil, do "contrato social" e da "soberania popular" vão convergir em JEAN JACQUES ROUSSEAU, de onde avançam, negadas umas, consagradas outras, para inspirar as Constituições modernas.

A doutrina do grande genebrino do século XVIII tem sua origem no "Discurso sôbre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens" trabalho publicado em 1.753 e escrito com a finalidade de responder a uma tese proposta pela Academia de Dijon.

O que da obra ressalta é um temperamento inconformado com a ordem da civilização, a todo momento acizetada pelo espírito brilhante e cáustico dêsse nostálgico da natureza. Em estilo apaixonado conjectura a vida humana primitiva, onde os homens, livres e simples, gozavam de felicidade sem pêias. A seqüência histórica, entretanto, ao opôr-se ao estado natural, criou problemas de que nunca mais a humanidade se livrou. A luta do forte contra o fraco, dirigida pela ambição de posse, considerada, pelo autor, como um desvio da ordem natural das coisas, deu origem à propriedade privada e à propriedade política. Daí, admitir o grande pensador, luminar de um século inteiro, que a contingência nos obriga a uma solução para que, distantes do estado de natureza, possamos sobreviver.

Conquanto aceite que "o estado de reflexão é um estado contra a natureza, e que o homem que me-

dita é um animal depravado" (27), não aconselha a volta ao natural estado, pois isso seria impossível. (28)

Se, no "Discurso" mostra os males, no "Contrato Social" aconselha o remédio: "achar uma forma de associação que defenda e proteja com tãda a sua fôrça a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo e fique tão livre quanto anteriormente".

Em oposição ao critério inicial de HOBBS, que considerava o homem em "estado de natureza" como essencialmente egoísta, ROUSSEAU admite a êste como "essencialmente bom" por natureza, depravado, entretanto, pela sociedade, que deve ser modificada para que o indivíduo cumpra o seu verdadeiro destino.

Para explicar a origem da sociedade política ou civil, aceita a idéia, já conhecida anteriormente, como vimos, do "contrato social" (29). Inversamente a HOBBS, concebe a alienação da liberdade natural ape-

(27) "Discursos", pg. 89.

(28) "Contrariamente ao que se poderia crêr, o estado de natureza não é, segundo Rousseau, o estado mais conveniente ao gênero humano, nem o mais conforme à nossa verdadeira natureza. E' sòmente no meio da sociedade civil, sob a coação das leis, que o homem pôde desenvolver suas faculdades e viver em conformidade com o seu destino natural" ("Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps", de ROBERT DE-RATHÉ, pg. 247).

(29) Tal contrato, todavia, não o entende Rousseau como um fato realmente ocorrido no Tempo; mas como um postulado racional, verdade simplesmente normativa e reguladôra (V. DEL VECCHIO, op. cit. pg. 142).

nas sob certos aspectos, pois há direitos necessários a que o homem não pôde renunciar, como por exemplo, e principalmente, essa mesma liberdade. (30)

Um dos pontos originais da sua doutrina é o conceito de "vontade geral". O problema a que se propõe resolver diz respeito à determinação das condições através das quais o pacto entre os homens, para a formação do Estado, pôde ser considerado legítimo.

Atribui, então, à vontade coletiva, elementos próprios, independentes da vontade psicológica dos indivíduos. E com isso pretende que a liberdade individual, alienada à comunidade, não se perde nem se limita por êsse fato, pois, entregando-se a todos, não se entrega a ninguém; o que há, apenas, a seu vêr, é uma troca da "liberdade natural" pela "liberdade políti-

(30) A alienação diz respeito tão somente àquela parte do poder do indivíduo, no que se refere aos seus bens e à sua liberdade, que visa o bem da Sociedade; além dêsse limite do necessário e do justo, esta não pôde opôr-lhe obstáculos.

"Ponto de partida e base da construção política de Rousseau, — diz Del Vecchio (op. cit. pg. 142) — é o direito natural da liberdade e da igualdade". Pelo contrato social, a liberdade não é alienada, pois confunde-se com a natureza humana, que não é passível de renúncia. O corpo político será, pois, apenas uma garantia de tutela aos direitos individuais.

ca". Daí a coação da vontade geral sôbre o indivíduo, ser, nada mais, nada menos, que a maneira de obrigá-lo a ser livre. (31)

A soberania consiste, assim, no poder originário do pacto social, que a pessoa pública, como manifestação da vontade geral, tem sôbre os seus membros. E, considerado, o fato da **devolução** do poder, é essencialmente **inalienável**, além de **imprescritível** e **indivisível**. (32)

O Estado perfeito, o Estado verdadeiro tem a sua razão de ser enquanto prevalece o direito natural da liberdade e da igualdade, pois deve ser considerado "como se tivesse sido originado por um contrato afim-de que os direitos fundamentais sejam reconhecidos". (33)

(31) "Com o seu conceito de "vontade geral"... ora parece entender por êle uma simples abstração ou um "artifício"; ora uma realidade psicológica empírica (la volonté de tous); ora um conceito ético (conforme sa volonté à sa raison); ora uma comunidade de interesses, ora finalmente uma realidade metafísica. Daquí para nós a impossibilidade de alcançarmos uma visão do seu sistema que esteja isenta de contradição" (CABRAL DE MONCADA, op. cit. pg. 238).

(32) No que diz respeito ao contrato social, atribui-lhe Rousseau as mesmas características de todos os contratos. Se as cláusulas são injustas ou contrárias ao direito natural, o consentimento que o originou não impede que êle seja considerado nulo, pois seria difícil, — diz, no "Discurso", — mostrar a validade de um contrato que só obrigasse uma das partes. A validez do contrato social, pois, é função de seu "uso" e de sua "finalidade". (V. DERATHÉ, op. cit. pg. 247).

(33) Ver DEL VECCHIO, op. cit., pg. 142.

É esse reconhecimento dos "direitos do homem", de sentido universal, que vai constituir uma orientação positiva através das "Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão", em 1.789.

* * *

A valorização das doutrinas democráticas, em oposição às doutrinas teocráticas, é uma consequência da evolução histórica e da afirmação, cada vez mais desenvolvida, de que a soberania é um patrimônio popular. (34)

Com o movimento da Reforma, no século XVI, começa a aparecer a idéia de que o poder do rei é, simplesmente, o produto de um **contrato político**, sen-

(34) De tais doutrinas democráticas, duas correntes sobressaem: a da soberania nacional e a da soberania popular. Para a primeira, inspirada nas concepções de BELARMINO e SUAREZ, o "poder supremo" é de todos, o que importa em afirmar que nenhum indivíduo, isoladamente considerado, é soberano. Se os homens são iguais, não há razão para que se considere o direito de um dominar o outro. É o que se depreende da Constituição Francesa de 1791 (art. 1.º do preâmbulo do Título III): "A soberania é una e indivisível... Pertence à nação; nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pôde atribuir-se seu exercício". Assim, a soberania é chamada nacional pelo fato de residir, indivisivelmente, na nação inteira. Esta é uma entidade coletiva cuja individualidade e cujo poder, além de superiores aos dos nacionais, são independentes deles. Por essa razão — diz HAURIUO — foi identificada "a vontade geral com a soberania nacional" (Vêr CARRÉ DE MALBERG, op. cit. pgs. 892/3).

A segunda corrente, chamada de soberania popular, consiste, em última análise, numa interpretação e mesmo num desvirtuamento do conceito da soberania nacional; e aparece no sistema constitucional de 1793. A idéia então dominante é a de que a soberania está igualmente contida em todos os cidadãos.

do a soberania uma **instituição humana**, no sentido de que não diz respeito ao indivíduo considerado isoladamente, mas sim coletivamente. O govêrno, pois, em virtude de não ser possível a multidão governar, é uma autoridade que resulta do **consentimento geral**.

Algumas doutrinas, entre as chamadas da **soberania alienável**, pregam que o povo, dono da soberania, pôde aliená-la a uma pessoa ou grupo de pessoas que, com o decorrer do tempo, adquirem-na por prescrição. Outras aceitam o referido "contrato político", em consequência do qual ao rei compete cumprir as cláusulas estipuladas pelo povo, visando o bem comum; somente em tais condições, então, é possível falar-se em alienação da soberania.

Tal contrato, entretanto, é, para ROUSSEAU, revogável, uma vez que, por parte da autoridade, haja violação das cláusulas que visam o bem estar coletivo.

Assim, rigorosamente, não cabe ao povo a renúncia total e definitiva da soberania; se renuncia há, é temporária, por motivo de necessidade, visando o bem coletivo. Só à coletividade, originariamente, é atribuída a soberania.

As idéias da **soberania inalienável** são marcantes do pensamento Rousseauiano. Concebendo, no homem em "estado de natureza", os atributos de **liberdade** e **igualdade**, conclui que, como **direitos naturais**, são estes absolutamente inalienáveis. E conquanto, com o aparecimento da Sociedade, haja uma alienação total de tais direitos, isso não impede que o indivíduo "permaneça tão livre como anteriormente".

"Cada um de nós, — diz, no "Contrato Social" — põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a

sùprema direção da **vontade geral** e recebemos no corpo a cada membro como parte individual do todo". Para a constituição dêsse corpo (a cidade, a República, o Estado), e para que legítimo seja considerado, deve-se impôr a "vontade geral"; revelada através do princípio das maiorias. Dêsse modo apregôa, como faz sentir PAUPÉRIO (35), a "supremacia do Número".

O poder supremo reside essencialmente na nação. O pacto social origina o corpo político que se irripõe, dirigido pela "vontade geral", à comunidade.

"Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sôbre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sôbre todos os seus, e êste poder é o que, dirigido pela vontade geral, recebe o nome de soberania."

Com tais idéias, ROUSSEAU é um absolutista do poder popular. A soberania é "imaneente na pessoa pública", sob todos os seus aspectos, — diz CABRAL DE MONCADA —. Uma não existe sem a outra. O povo é quem faz a lei. E os governantes "nada mais são do que um corpo intermediário entre o soberano e os súditos, simples funcionários ou comissários do único verdadeiro soberano, que é o povo, o qual a todo momento os póde substituir ou destituir".

Admitindo a separação dos poderes, não os interpreta, entretanto, como "partes da soberania". Para êle, o poder legislativo é o único poder soberano; o executivo, embora separado, é-lhe inteiramente subordinado. Sendo o executivo a **fôrça pública** e o le-

(35) PAUPÉRIO, op. cit., pg. 71.

gislativo a **vontade geral**, o primeiro não pôde constituir um poder independente; se o "poder que executa" torna-se independente do "poder que quer", "não é mais a lei que dirige, mas a fôrça que reina", na feliz expressão de DERATHÉ. (36)

Entre as críticas apresentadas contra as doutrinas democráticas, destacam-se as de BIGNE DE VILLENEUVE (37), que, fazendo referência ao princípio da igualdade, nega ser esta um fato natural. Dêse modo não se pôde considerar como certas as idéias de ROUSSEAU, que aceita, como vimos, os homens iguais e livres em estado natural.

Porisso, afirmar que a soberania pertence a todos, porque todos os homens são iguais, é emitir um conceito falso. O que se apresenta como de fácil constatação é, justamente, que os homens nascem desiguais, física, moral e intelectualmente, e essa desigualdade ainda mais se acentúa em virtude das condições de fortuna, de educação e do meio social. Daí, não tendo as mesmas aptidões, a mesma competência, não podem ter igual direito.

Reportando-se à concepção de que a soberania, originariamente, não pertence a ninguém, pelo que deve pertencer necessariamente a todos, não vê nisso nenhuma lógica, pois que, não pertencendo a ninguém, é uma **res nullius** e, como tal, passível de apropriação por qualquer ocupante, e, legitimamente, pelos mais capazes. Se os homens têm aptidões distintas, cada

(36) DERATHÉ, *op. cit.*, pg. 302.

(37) BIGNE DE VILLENEUVE, *apud* DARCY AZAMBUJA, *op. cit.*, pg. 75.

um deve prestar à sociedade os serviços de que fôr capaz; e os direitos que lhes assistem devem ser, por consequência, desiguais. . .

Contra tais objeções, — diz DARCY AZAMBUJA, — é forçoso compreender que a igualdade a que se referem as doutrinas em aprêço, é **de direito** e não **de fato**. Conquanto seja verdadeiro que os homens nasçam desiguais, "isso não invalida o princípio teórico de que é em todos os homens que reside a soberania", e de que é essa "a única solução lógica a que se poderia chegar". E adianta: que a soberania "seja exercida pelos melhores, é a regra mais desejável, o objetivo de tôdas as doutrinas e de tôdas as organizações políticas. Os males dos Estados não decorrem do princípio teórico de que a soberania emana do povo, e sim da realização das regras para fazer com que os mais capazes exerçam a soberania, isto é, governem". (38)

Admitindo o conceito da "vontade geral", interpretada como a "vontade das maiorias", a ela ROUSSEAU subordina o direito e a lei. Daí, mostrar CABRAL DE MONCADA (39) a contradição da doutrina,

(38) BIGNE DE VILLENEUVE, todavia, reconhece que o princípio Rousseauiano da igualdade apresenta certos aspectos dignos de aceitação. Não podendo ser negada a afirmação de que ninguém, de pleno direito, foi investido do poder, é possível admitir uma igualdade **negativa** dos homens. De qualquer modo, porém, isso não impede que certos indivíduos, por sua virtude, inteligência, etc., possam ser considerados como os mais indicados para assumir os pontos de direção na sociedade (PAUPÉRIO, op. cit., pg. 78) Seja-nos permitido considerar que este último ponto de vista de Villeneuve constitui, em que pesem as citações de Darcy Azambuja e de Paupério, aquilo que Georges Scelle chamaria de "uma espécie de **addicação**"!

(39) CABRAL DE MONCADA, op. cit., pg. 241.

a antítese entre "o liberalismo individualista do seu ponto de partida, e o autoritarismo totalitário do seu ponto de chegada", pois não é possível conceber-se ao mesmo tempo, a independência do indivíduo e a alienação total dos seus direitos à comunidade.

Com idênticos argumentos manifesta-se CARRÉ DE MALBERG: "Se cada cidadão é pessoalmente soberano por sua parte, é impossível explicar a subordinação da minoria à maioria; ou, melhor dito, o fato desta necessária subordinação basta para demonstrar que os cidadãos não têm por si mesmos nenhuma parcela de soberania". Eis porque o sistema Rousseauiano conduz "à completa absorção do indivíduo pelo Estado". (40)

Entretanto, como acentua CABRAL DE MONCADA, (41) o grande valor da doutrina está em haver fixado definitivamente a "autonomia da esfera política", completado a tendência, nascida na Idade Média e dinamizada a partir da Renascença, que visa a emancipação do Estado de tôdas as "limitações resultantes do seu contacto com as outras esferas da vida".

A orientação democrática, como base do Estado, toma novo desenvolvimento e nova expressão com os critérios inaugurados por KANT.

Aceita êste filósofo, como ROUSSEAU, o direito natural, um "estado de natureza" que precede a sociedade civil; e, também, o "contrato social" e a "vontade geral". Mas os seus significados diferem da opi-

(40) CARRÉ DE MALBERG, op. cit., pg. 882/4.

(41) CABRAL DE MONCADA, op. cit., pg. 245.

nião anterior. Assim é que concebe o direito natural como **idéia**, fôrma racional apriorística; não expressiva de um **ser**, mas de um **dever ser**, e pertencendo, por isso, ao mundo da razão prática. É um "imperativo categórico", despido de todo conteúdo metafísico.

O direito, para KANT, apresenta-se como um meio que permita à liberdade humana realizar-se em si e nas relações com a liberdade dos outros indivíduos; é uma conformidade, apenas, entre a ação do indivíduo e o preceito legal.

Para o filósofo, o homem nasceu livre, e assim deve permanecer. Mas a liberdade acha a sua própria lei na integração da vontade humana numa "ordem racional de fins". Como "fim de si mesmo", o indivíduo é livre. As limitações sofridas no estado civil dizem respeito ao seu arbítrio, nunca à sua liberdade. Por isso, a coercibilidade, que caracteriza a norma jurídica, não tem por efeito senão a efetivação dessa mesma liberdade. Todos os direitos naturais sintetizam-se em que a liberdade de cada um deve ser compatível com a liberdade de todos.

Com relação ao "estado de natureza", não o concebe KANT como destituído de jurisdição, como acontecia com ROUSSEAU. O direito natural, como "imperativo categórico", já obrigava, aí, aos homens; o que faltava era, tão somente, o poder público para garantia dos direitos. Essa exigência de garantia é que faz aparecer a comunidade política, ambiente jurídico a substituir o ambiente natural.

O que vai dar origem ao Estado é o "contrato social", não considerado, como em ROUSSEAU, um acôr-

do de interesses mas uma imposição da própria razão pura prática, um princípio regulador, um critério com que se avalia a legitimidade daquele.

O contrato é, pois, o pressuposto ideal, o fundamento jurídico do Estado. E a finalidade dêste é a tutela do Direito.

E assim como não concebe KANT o contrato como de ordem empírica, mas procedente de uma ordem racional, ao comentar o princípio da "vontade geral", interpreta-o como expressão da universalidade da razão, nada mais sendo que a vontade racional de cada individuo obedecendo ao "imperativo categórico", pelo que tem, como o próprio contrato, uma característica regulativa. Aceita, outrossim, no Estado, a "separação dos poderes". E conquanto faça pertencer o poder legislativo à vontade coletiva do povo, permita a expressão da soberania pelo sufrágio popular, atribui, contudo, aos poderes constituídos, uma grande fôrça, sendo, então, o Estado, como executor, **irresistível**, e como julgador, **inapelável**.

Assim, como **qualidade** do poder do Estado, concebe a soberania. Tais razões levam KANT a conceituá-la como absoluta; defende, porém, o seu ponto de vista considerando que, se o povo se rebelasse contra o seu soberano e com isso atingísse o poder, passaria, por isso, a ser soberano daquele a quem é submetido. fato que o filósofo interpreta como contraditório. (42)

(42) v. DEL VECCHIO, op. cit., pg. 146/165; CABRAL DE MONCADA, op. cit. pg. 248/270; PAUPÉRIO, op. cit., pg. 81/82; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, "Diretrizes de Filosofia Jurídica", pg. 49/54.

A noção de Estado como "pessoa" vai encontrar em HEGEL uma afirmação categórica. A superação da filosofia de KANT manifesta-se no sentido de que a Idéia torna-se absoluta em sentido objetivo. (43)

O eixo do pensamento Hegeliano é a Idéia, imamente em tôdas as coisas. Tanto o cognoscível, como o incognoscível são dominados pela consciência. Assim, **ser** e **pensamento** identificam-se. A realidade empírica tem sua significação na Idéia, é "razão objetiva". Pois, tudo é pensamento, sendo os acontecimentos correspondentes à dinâmica ideal. Donde "tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real".

Todavia, a Idéia, o absoluto, tem uma característica dinâmica; só é cognoscível, por isso, não mediante um conceito único, mas em virtude de um sistema de conceitos, pois se a realidade é dinamizada, êste não pôde ser extático.

Daí, o "método dialético". Sendo a Idéia um eterno "devenir", o conceito inicial, que é parcial, unilateral, implica o seu contrário, a sua contradição, isto é: a **tese** suscita a **antítese**. Os dois conceitos opostos, entretanto, exigem um terceiro, superior, que deve superar a contradição, e que é o verdadeiro. Tal conceito, que se traduz pela **síntese**, torna-se dialéticamente em nova **tese**, e assim por diante.

Partindo-se da **tese**, como conceito abstrato do **ser**, chega-se à **síntese**, pensamento do **absoluto**.

(43) "Superando a distinção, nítida em KANT, entre o pensamento e o sêr, Hegel só admite a realidade do Espírito". - Wilson de Souza Campos Batalha, op. cit., pg. 55).

A Idéia; contudo, para HEGEL, apresenta-se em três campos distintos: como verdade abstrata, (**em si**); como natureza, em exteriorização no espaço e no tempo (**fóra de si**); e como realizada em si mesma, (**em si e por si**) tomada em espírito, isto é, como Liberdade, ou vontade livre.

Considerada sob êste último aspecto, torna-se a Idéia em espírito subjetivo (alma, consciência e razão); objetivo (direito, moralidade subjetiva e costume); e, finalmente, em absoluto (Arte, Religião, Filosofia).

Desenvolvendo o sistema de conceitos que diz respeito ao espírito objetivo, apresenta o filósofo, como **tese**, o **direito abstrato**, conceituado como a **existência do livre querer**. O querer humano é livre enquanto é puro querer; liberdade e querer, são, pois, dois têrmos que se identificam. Como, todavia, a liberdade externa, realizada pelas normas positivas do Direito, é falível, a liberdade faz-se **moralidade subjetiva**, também falível; e daí a necessidade da **síntese**, encontrada no **costume**. Assim, o querer abstrato e o querer em consciência fundem-se num querer concreto, no reino da **Eticidade** objetiva.

Nêsse ambiente da **Eticidade**, que descende do conceito de liberdade, identificam-se a Idéia moral e a Idéia jurídica. E nêle tem origem a **tese** da Família, evoluindo para a **antítese** da Sociedade civil, que por sua vez caminha para a **síntese** do Estado.

A primeira liga o indivíduo à comunidade; mas, pela emancipação dos descendentes, tende a desaparecer, dando lugar à segunda, que desaparece também em virtude da constante oposição entre indivíduos iguais, que procuram uma forma de associação que, finalmente, é concretizada pelo Estado.

Através de tais movimentos dialéticos, HEGEL conclui que o Estado é “uma unidade ética substancial e, como tal, absolutamente fim-de si mesmo”, apresentando-se como a mais alta realização da liberdade, da Idéia moral, cabendo-lhe, por isso, o mais sagrado direito sôbre todos os seus membros, bem como a estes o mais sagrado dever de nêle se integrem”. 44)

Não cabe, pois, na filosofia Hegeliana, — como bem acentúa DEL VECCHIO, — (45) qualquer lugar, acima do Estado, para a jurisdição humana, pelo simples fato de ser êste “a suprema manifestação da liberdade”.

Sob certo aspecto foi o grande pensador alemão um “panegirista do Estado”. Mas não é certo que tenha sido, como se lhe atribui, um defensor da monarquia prussiana sua contemporânea, no sentido de que era esta o definitivo ideal do Estado.

Se entusiasmo expressou HEGEL por tal poder, não olvidou, entretanto, que constituia êle mero “momento” dialético, como conceito descendente do “devenir” da Idéia. Daí, não se lhe poder imputar a afirmação e a consagração do Estado “totalitário” senão num sentido ideal, distante da realidade empírica.

E é também sob êsse critério dialético que concebe a “vontade geral”. Se, para ROUSSEAU, tinha esta uma significação difusa que se revelava na vontade das maiorias, e, para KANT, significava um conceito re-

(44) CABRAL DE MONCADA, op. cit., pg. 293.

(45) DEL VECCHIO, op. cit., pg. 180.

gulativo do domínio da consciência individual, manifesta-se em HEGEL como um "momento" racional da vontade, com antenas, portanto, dirigidas para a **liberdade**.

Sendo o Estado, para este, a realização da Idéia moral, a concretização do espírito objetivo, — diz PAUPÉRIO (46) que "não pôde o individuo ter objetividade, nem verdade, nem moral, a não ser como parte, como membro dêle. A soberania estatal decorre, portanto, da unidade do Estado, como sêr com personalidade".

Cabe, entretanto, com referência à filosofia Hegeliana, a afirmação de VERDROSS (47), que atribui aos voluntaristas do Estado uma interpretação viciada do método dialético, que consideraram como extático.

Segundo o método dialético, o espírito objetivo está sempre em movimento, é dinâmico, — diz o comentarador. É possível, pois, após a **síntese** do Estado, uma sequência em que a "soberania absoluta do Estado" aparece como **tese**, a esta opondo-se a **antítese**, que é a "soberania absoluta dos outros Estados"; daí provindo, necessariamente, a **síntese**, que não pôde ser outra senão a "comunidade internacional"

Embora não tenha HEGEL chegado a tais consequências, estas, não obstante, resultam do próprio método dialético, essencialmente dinâmico. Pelo que é preciso atentar, não para as palavras do filósofo, quando explicava que o Estado é a incarnação do espírito objetivo, mas para a essência do seu pensamento.

(46) PAUPÉRIO, op. cit., pg. 96/99.

(47) VERDROSS, apud WILCHES, op. cit., pg. 100.

Assim, pelo fato de haver sido esquecido o pensamento primordial de HEGEL, permaneceu a interpretação viciada, que não considerava senão a **síntese** do Estado; interpretação que, exercendo uma grande influência sobre a ciência do Direito e sobre o Direito internacional, originou, para ambos, resultados desastrosos.

Entre os autores alemães, KRAUSE, defendendo a existência da personalidade do Estado, configura a este como **pessoa jurídica**, conceituando a soberania como seu atributo característico. Dêste modo, o titular dela não é uma vontade individual ou coletiva, mas, sim, o próprio Estado. Sendo, todavia, por esta vontade individual ou coletiva que se manifesta o poder, esta aparece, tão somente, como **órgão** do Estado (48)

Sobressái, assim, no que diz respeito à soberania, um novo critério, que lhe atribui uma conceituação **jurídica** (em oposição ao ponto de vista da soberania do Príncipe e do Povo, que, segundo MICHOU, caracterizava-se como **política**), por não ser possível explicar cientificamente a idéia de uma "Nação-Pessoa" dotada de vontade, titular suprema fundada nas decisões da maioria.

Com isso, deparámos com as teorias da **soberania do Estado**.

Para tais autores, não é possível conceber-se uma sociedade estável sem uma autoridade suprema

(48) GERBER diz que o Estado é uma pessoa, e portanto, pôde querer. A força de mando, o poder político é o que se denomina **soberania**. (v. PAUPÉRIO, op. cit., pg. 97).

que incarne a soberania; e esta autoridade é o Estado. O que distingue a êste das outras pessoas coletivas que exercem atividades em seu território é, em última análise, a **maior soma** de poder. (49)

"A vida diária real dos cidadãos — diz BODENHEIMER — (50) está governada atualmente por códigos profissionais interiores das fábricas, acôrdos comerciais ou regulamentos dos clubes. Porém acontecendo que estas fontes de autoridade jurídica entrem em conflito entre sí ou com as leis promulgadas pelo Estado, — a última palavra na matéria corresponde ao Estado. O Estado é a séde de um último resíduo de autoridade".

Por isso, o que se póde atribuir como critério próprio e essencial da soberania é a "competência da competência", isto é, o Estado sòmente póde ser considerado como soberano quando está em condições de se auto-obrigar.

Entre os defensores da doutrina voluntarista alemã, destaca-se JELLINEK. Estudando a natureza da soberania, começa por admitir a impossibilidade de se negar o conceito no âmbito do Direito Público, pois o reconhecimento dêle é um fato histórico importantíssimo na evolução dos Estados, a partir da Idade Média.

(49) GIERKE (apud PAUPÉRIO, ob. cit., pg. 97) amplificou "a noção de personalidade, generalizando-a a todos os grupos sociais que encontramos entre o indivíduo e o Estado e que têm existência própria, diversa da se seus componentes individuais. A personalidade do Estado apenas se diferenciará da dos demais grupos pela maior soma de poder de que dispõe".

(50) BODENHEIMER, op. cit., pg. 78/9.

A evolução histórica mostra-nos que a soberania significou a "negação de tôda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder". O poder soberano é aquele que não reconhece outro superior a sí, pelo que é supremo e independente. Assim, temos o poder encarado sob dois aspectos: interno e externo.

Um terceiro aspecto nota-se ainda, com referência ao conceito: é o da auto-limitação. A soberania deve designar um poder, além de "ilimitado", "**ilimitável**"? Segundo a doutrina do Direito natural, a soberania tinha um cunho jurídico, o que era fácil de compreender, admitido o fato de um Direito anterior ao Estado; por essa razão, tanto era ilimitado o poder do Príncipe, como ilimitada era a "vontade geral", pelo critério Rousseauniano. As novas concepções, todavia, do Direito, subordinam a existência dêste a uma organização que o realize. Daí, a dificuldade de saber se tal organização deve ser concebida como acima ou abaixo do próprio Direito.

Abstraída a esfera de ação do Direito Internacional, parece que ao Estado, considerado como soberano, não cabe nenhuma limitação jurídica. Sendo absoluto o seu poder jurídico, poderia êle suprimir a própria ordem jurídica, implantar a anarquia. As consequências de tal ocorrência, todavia, originariam a impossibilidade do Estado; pelo que se conclui que êste se acha juridicamente limitado, pois, embora possa escolher a constituição mais conveniente, deve ter necessariamente alguma. Por isso, sendo a ordem jurídica essencial ao Estado, não é possível concebê-lo como um poder absoluto e ilimitado. O Direito é, segundo

IHERING, “a força das leis unindo bilateralmente; é a própria submissão do poder do Estado às leis que o mesmo ditára”.

Soberania, pois, não indica ilimitação; mas faculdade, atribuída **ao Estado**, de se determinar por si mesmo. “E’ a capacidade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a êste a capacidade de determinar-se juridicamente e de obrigar-se a si mesmo”. (51)

A ilimitação do poder, portanto, não é absoluta, e sim deve ser entendida como indicando que a nenhum outro cabe impedir a modificação da ordem jurídica estatal. O poder soberano só pôde, então, ser concebido como **poder jurídico**, obrigado, pois, ao Direito.

A ampliação da competência do Estado tem seu limite, também, na personalidade individual; assim como o reconhecimento do Direito Internacional obriga o Estado a atos que limitam o seu poder jurídico.

Por outro lado, — nota JELLINEK, — “a soberania não é nota essencial do poder do Estado”. Ao observar que ela “não é uma categoria absoluta, mas uma categoria histórica” (52), mostra que as coletividades antigas, que os autores consideravam como Estados, não poderiam ser qualificadas como soberanas. A influência da Igreja, estabelecendo tribunais próprios, sem consideração pelos limites estatais, não poderia ser admitida senão como um poder superior a

(51) JELLINEK, op. cit., pg. 392.

(52) JELLINEK, op. cit., pg. 397.

êle. O mesmo se poderá dizer com referência à superioridade do Imperador; acrescentando-se ainda que, no ambiente interno, a liberdade do Estado era constrangida pelos poderes subordinados. "O Estado da Idade Média não era ainda soberano, mas era já Estado".

A realidade tem mostrado a existência de Estados soberanos e não soberanos. O que constitui a nota essencial do Estado não é a soberania, mas a existência de um poder próprio e, além de próprio, originário. "Onde haja uma comunidade com um poder originário e com meios coercitivos para dominar seus membros e seu território, conforme uma ordem que lhes é própria, aí existe um Estado".

Os Estados membros de um Estado federal, por exemplo, não obstante certas proibições que possam ser impostas no que diz respeito à forma de governo, têm competência para quaisquer modificações na sua constituição, sem necessidade de autorização. Tal constituição, por ter sua origem na vontade da própria comunidade, e por ser exercida através de um órgão independente, pertence, pois, a um **Estado**.

Quando, pelo contrário, a associação recebe a sua organização de um Estado estrangeiro, não se pôde considerá-la como Estado.

O que se exige para que um poder seja considerado independente, é que a sua organização seja baseada em leis próprias, e que possua tôdas as funções essenciais, como consequência mesma da capacidade estatal de auto-organização.

O Estado dispõe, mediante as leis estabelecidas, do poder que lhe corresponde; mas as funções administrativa e judiciária devem estar também baseadas

na sua própria vontade. A esta propriedade é que se pôde chamar de "autonomia", concebida como a capacidade que tem o Estado, não só de elaborar as suas próprias leis, mas de agir em conformidade com elas e dentro dos limites pelas mesmas impostos.

O Estado não soberano distingue-se da associação não estatal pelo seguinte: desaparecida a influência do Estado dominador, o primeiro adquire o caráter de soberano. Basta, para tal, que amplie a competência dos próprios órgãos, mediante as suas próprias leis. Para que uma associação não estatal seja considerada como Estado, tem que se organizar como tal, isto é, estabelecer as suas próprias leis e viver de acôrdo com as determinações delas.

Sendo a soberania, para JELLINEK, "a capacidade do Estado para determinar-se de um modo autônomo juridicamente", entende-se como **Estado soberano** o que pôde livremente ordenar o campo de sua atividade sob as limitações jurídicas a que se impôs; e como **Estado não soberano**, aquele que ostenta um poder jurídico sôbre o que é de sua competência, poder, contudo, que é limitado pelo direito do que o domina.

Concebendo o Estado como uma unidade, afirma, como consequência, a indivisibilidade do poder. A soberania não pôde ser passível de aumento ou de diminuição: é um superlativo que só tolera, junto a sí, outros poderes do mesmo gênero, pelo que é possível admitir vários Estados soberanos, mas não vários titulares de um mesmo poder de um Estado.

Assim, o poder é um só. Cada órgão representa, na sua esfera de ação, o poder do Estado. Há, pois, uma divisão de competências, mas não uma divisão de poder.

No Estado moderno, a soberania apresenta-se sob dois aspectos: negativo, significando a impossibilidade de sujeitar juridicamente a própria vontade a um poder estranho; e, positivo, manifestada como "a capacidade exclusiva que tem o poder do Estado de se dar, em virtude de sua vontade soberana, um conteúdo que a obrigue, e na de determinar em tôdas as direções sua própria ordem jurídica". (53)

Estudando as relações do Estado com o Direito Internacional, reconhece JELLINEK que, em tais casos, não há qualquer subordinação do primeiro ao segundo. "O Direito Internacional está a serviço dos Estados e não os Estados ao serviço da ordem internacional". Com isso afirma, em síntese, a "auto-limitação" do Estado.

* * *

KELSEN, o grande mestre da Escola de Viena, alinha-se, com invulgar projeção, entre os defensores das chamadas "teorias monistas austríacas".

Estabelecendo uma nítida distinção entre o mundo físico e o mundo social, pelo fato de estar o primeiro submetido a leis de **causalidade** e o segundo a leis de **finalidade**, sustenta que "o Estado é uma ordem da conduta humana". O que distingue a **ordem** natural da ordem jurídica é o seguinte: se a primeira indica o conjunto, o sistema de leis naturais impossível de ser infringido, a ordem jurídica é um sistema de normas que, embora passível de violação, nem por isso deixa de ter validade.

(53) JELLINEK, op. cit., pg. 393.

Assim, a ordem normativa prevalece mesmo quando a realidade não lhe seja conforme; o que não acontece com a ordem natural, que só existe com a condição de conformidade dos fatos. A distinção, pois, entre o mundo do **ser** e o do **dever ser** consiste em que, enquanto a lei da natureza deve, para ser uma verdadeira lei, adaptar-se aos fatos, no mundo jurídico são os fatos que precisam adaptar-se às regras.

O Estado, que não constitui uma entidade distinta do Direito, é uma ordem **normativa**; caracteriza um **poder** e é, como tal, superior aos seus indivíduos. É superior porque impõe à conduta humana um sistema de regras obrigatórias.

Além do **poder**, o Estado tem, por essência, uma **vontade**; mas não considerada como "realidade psíquica" (pois, psicologicamente falando, só o homem é dotado de vontade), e sim como "expressão metafórica da **validade objetiva** da ordem normativa a que chamamos Estado". (54)

A ordem estatal, além de **válida**, deve ser, também, **eficaz**. A "**autoridade**" desse sistema de normas é a sua validade; em seu nome o Estado domina os indivíduos. Assim, afirmar que os indivíduos estão sub-

(54) "O que se chama **vontade do Estado** não é mais do que um caso particular da lei geral de **imputação normativa**: uma série de atos praticados por determinados indivíduos — os **órgãos do Estado** — não são atribuídos a essas pessoas individuais, e sim a um sujeito ideal, que por traz delas aparece — o Estado. A **vontade do Estado** consiste apenas num **centro de imputação** dos atos praticados pelos indivíduos que têm o caráter de **órgãos**. A **vontade do Estado** nada tem de comum com o conceito de vontade psíquica; é uma noção puramente jurídica..." (QUEIROZ LIMA, "Teoria Geral do Estado", pg. 32).

metidos ao poder do Estado, significa que os mesmos estão, no que se refere à sua conduta, sob o império de normas coativas, cujo conjunto forma um único sistema, uma **ordem única**.

Uma norma é considerada válida quando está sujeita a outra que lhe regula a criação; assim, um conjunto de normas constitui um **sistema** quando encontra a sua validade numa única **norma fundamental**. Entre duas **ordens normativas** pôde existir **subordinação** ou **coordenação**. Uma ordem é subordinada a outra quando encontra sua validade numa norma dessa outra, ou melhor, quando sua **norma fundamental** faz parte integrante dessa outra. As normas são coordenadas quando têm sua validade na norma de uma mesma **ordem superior**.

Além do **poder** de ordenar, tem, ainda, o Estado, **competência** para tal; pelo que não só há, por parte dos seus súditos, uma obediência de fato, mas também uma obrigação de obedecer, as ordens dadas tendo o valor de normas.

A soberania, ao que se diz, é um atributo do Estado; portanto "atributo de uma ordem jurídica: a propriedade de ser uma ordem suprema, uma ordem que não deve a sua validade a nenhuma ordem superior". (55)

Daí, somente ser possível atribuir soberania a uma ordem última, isto é, auto-válida. Uma ordem jurídica é **soberana** quando tem a "**competência da competência**".

(55) KELSEN — "Teoria Geral do Estado", pg. 39.

Para o mestre da Escola Vienense, um conjunto de regras constitui uma ordem sempre que tem a sua validade numa única regra fundamental. A ordem suprema, portanto, deriva "de uma regra que se supõe ser a primeira das normas fundamentais, aquela que já não é necessário justificar ou deduzir". (56) "É desta hipótese, — diz KELSEN, — que resultam a unidade da ordem estadual e o caráter jurídico de todos os atos que formam o Estado". Assim, êste aparece como a "ordem suprema". E daí dois corolários: 1) — "Não há ordem jurídica superior ao Estado, nem sequer o direito internacional. E, por conseguinte, 2) — Não há comunidade jurídica que lhe seja coordenada, que seja igualmente soberana".

O sistema normativo, todavia, além de **uno**, é **único**; e por consequência não será possível admitir, como **independentes**, dois sistemas de regras que possam ser simultaneamente válidos, porque isso equivaleria a aceitar as duas ordens como soberanas.

Explicando que "a idéia de uma multiplicidade de comunidades jurídicas, de Estados coordenados, é inconciliável com a teoria da soberania do Estado", o que, necessariamente, implica uma ordem superior aos Estados, apregôa o primado do Direito Internacional.

O fato de que um Estado estrangeiro só tem existência jurídica através do **reconhecimento** das outras coletividades estatais soberanas, significa, para KELSEN, que tal reconhecimento nada mais é que uma

(56) KELSEN, op. cit., pg. 41.

delegação, regulada pela ordem interna. Dêste modo, o Direito Internacional seria mera expressão do "direito nacional externo"; e afirmar tal proposição seria negar o conceito de igualdade dos Estados.

Entretanto, não é possível negar a existência do Direito Internacional. Conquanto, sob o ponto de vista técnico, ainda se mostre deficiente, pelo fato de não haver instituído órgãos especializados, a realidade nos mostra que nada "póde opôr-se ao progresso dêste direito —, quer se julgue êsse progresso possível ou impossível, favorável ou funesto, sob o ponto de vista político". (57).

E' bem verdade que não é impossível justificar cientificamente a primazia do direito nacional; basta, para tanto, que se reconheça no Estado nacional qualidade para decisão jurídica. O que, todavia, deve ser condenado, é o fato de serem aceitas as duas teorias contraditórias, da soberania do Estado e da soberania do Direito Internacional, pois não seria possível admitir a existência de dois sistemas independentes. A afirmação da teoria dualista "contradiz o postulado fundamental da unidade, que é válido para todos os sistemas de conhecimento científico".

Admitido, pois, o Direito Internacional, sòmente a êle é possível atribuir a soberania. A ordem internacional é uma "ordem jurídica total", tendo sua validade numa "suprema lei hipotética", cuja expressão está contida na fórmula "pacta sunt servanda".

(57 KELSEN, op. cit., pg. 53.

Desta maneira, a ordem jurídica estatal tira a sua validade da ordem total, pelo que não é senão uma ordem jurídica **delegada** (58).

* * *

Contrariamente ao conceito de Estado-Pessoa afirmado pelos autores alemães, apresenta LÉON DUGUIT a sua teoria negativista da soberania.

Partindo de uma identificação entre soberania e poder do Estado, acredita que, concebendo-se a primeira como uma vontade que se determina a si mesma e que não depende de nenhuma outra (59), não será possível a afirmação da soberania nacional, de vez que é indemonstrável a atribuição de uma **vontade** à nação, pelo fato de que a vontade constitui um atri-

(58) Comentando ANZILOTTI — que se opõe à concepção monista por não admitir que o Direito interno seja uma **delegação** ou derivação do Direito Internacional, uma vez que, sob o ponto de vista histórico é aquele anterior a este, — diz GEORGES SCHELLE que a doutrina monista não faz referência a derivação ou delegação, mas, sim, “que é a norma intersocial que **condiciona** a norma interna, mesmo se esta é anterior”. Identicamente, pronuncia-se VERDROSS: “O primado do direito internacional sobre o direito interno não significa que os Estados procedem, historicamente falando, da ordem de direito internacional; ela quer dizer com isso que existe entre o direito das gentes e os Estados uma relação de supremacia e de subordinação de lógica jurídica” (v. SPIROPOULOS, “Théorie Générale du Droit International”, pg. 78).

(59) BURGESS, citado por DUGUIT, entende por soberania “um poder originário absoluto, sem limites, universal, sobre um sujeito individual ou sobre toda associação de sujeitos”. Para ESMEIN, “esta autoridade que naturalmente não reconhece poder superior ou concorrente nas relações que rege, se chama soberania” (v. DUGUIT — “Soberania y libertad”, pg. 143).

buto psicológico, dizendo respeito, tão somente, aos indivíduos. E nem se diga que a vontade nacional poderia ser o resultado da totalidade das vontades individuais. . .

Assim sendo, não é possível conceber a nação como titular da soberania, pelo simples fato de que ela é destituída daquele atributo de vontade.

Em virtude de idêntica ordem de idéias, é de se rejeitar a possibilidade de ser o Estado o titular da soberania. Conceber a nação ou o Estado com **personalidade**, é, assim, um erro; constituem sim, e apenas, uma **realidade**. Tudo o mais será aceitar ficções que dificultam, senão impossibilitam, a solução dos problemas jurídicos.

A aceitação da soberania, interpretada pela doutrina clássica como um poder, uma vontade que não depende de qualquer outra, e portanto irresistível no interior e independente no exterior, levaria, indubitavelmente, ao absolutismo e, por consequência, à anulação dos mais sagrados direitos humanos. Aceitar a teoria da soberania do Estado, sujeitando êste ao direito, seria desvirtuar o conceito, admiti-lo como limitado e, portanto, nem supremo, nem irresistível; nem independente. Por isso, não há que fugir ao dilema: ou a soberania é ilimitada, originando o despotismo, ou não há soberania. (60)

(60) “A vontade soberana — diz o autor, — não pôde ser comprometida jamais por uma obrigação qualquer frente a outras vontades. Pôde ter direitos; não tem obrigações. Se as tivesse, estaria ligada a outra vontade; cessaria, pois, de determinar-se exclusivamente por ela mesma, deixaria de ser uma vontade soberana” — (“Soberania y libertad”, pg. 143).

Negar, todavia, a soberania, não equivale a negar o poder do Estado, cujos conceitos o ilustre professor de Bordéas, como vimos, identifica. O que se deve rejeitar é que ambos sejam entendidos como um **direito**; não se lhes podendo desconhecer, entretanto, a existência como **fato**.

O Estado nada mais é, para DUGUIT, que o resultado da distinção entre governantes e governados. A nação constitui "o meio no qual se produz o fenómeno que é o Estado, isto é, a distinção entre governantes e governados". Por isso, é um elemento do Estado e consiste nos agrupamentos humanos unidos pela **solidariedade social**.

Procurando fugir ao domínio das ficções, funda o autor, no conceito da solidariedade, a sua doutrina, adaptando o critério experimental à ciência jurídica; daí o fato de não conceber sociedade sem direito, e vice-versa, pois a regra jurídica não aparece como abstração do espírito, e sim como produto do meio social.

A construção jurídica estabelecida por DUGUIT implica: 1) — uma coletividade social determinada; 2) — uma diferenciação entre governantes e governados; 3) — a obrigação jurídica, da parte dos governantes, de assegurar a realização do direito; 4) — a obediência às regras impostas; 5) — o emprêgo legítimo da força para obrigar ao cumprimento das normas; 6) — o caráter próprio de tôdas as instituições, tendente a assegurar o cumprimento da missão obrigatória dos governantes ou serviços públicos. (61)

(61) v. PAUPÉRIO, op. cit., pg. 141/2.

Com referência ao problema da soberania, o equívoco básico de DUGUIT está, — como acentua DARCY AZAMBUJA — em considerar o conceito clássico como **vontade**. A ciência jurídica moderna não identifica soberania com vontade nacional: considera-a um **poder**.

Como já observámos, páginas atrás, ela não se confunde, entretanto, com **poder**; é, sim, uma **qualidade** deste, ou, como quer CARRÉ DE MALBERG, "o carácter supremo de um **poder**".

E', todavia, como poder, atribuído aos governantes para a realização dos "serviços públicos", que o mestre de Bordéas configura a soberania. Esta é "governo, enquanto útilmente governa", decorrendo a sua força e a sua moral da idéia de "serviço público", como cita PAUPÉRIO.

Substituindo, assim, o conceito clássico de soberania pelo outro, nada mais conseguiu DUGUIT que uma transferência do conceito. "Os interesses essenciais organizados, exprimindo-se no conceito de serviço público, não são senão aquilo que as teorias tradicionais exprimem como soberania, de maneira mais completa, muito mais compreensiva e de realidade muito maior", — comenta CARLOS CAMPOS (62).

O fato, também, de não se atribuir à nação uma personalidade, não implica desconhecimento da soberania. Se, como pondera DUGUIT, é necessário que os governantes, isto é, os mais fortes numericamente,

(62) CARLOS CAMPOS, "Sociologia e Filosofia do Direito", pg. 118.

possuam um poder, uma fôrça, que originariamente é **de fato** e posteriormente, em virtude da organização jurídica que deve regular o seu exercício, torna-se em poder **de direito**; se considerarmos que a soberania é o poder que tem a nação de se governar, não há irrealidade alguma, nem há nada de metafísico ou abstrato, — diz DARCY AZAMBUJA, — (63) em considerarmos êsse poder residindo na nação.

Tem razão, contudo, o eminente mestre, — continúa o comentador, — quando nega o critério clássico da soberania **ilimitada**, pois a ilimitação não condiz com a realidade jurídica e política. Sôbre o elemento humano do Estado não pôde haver fôrça suprema; assim como, sob o ponto de vista do Direito, não se pôde conceber soberania ilimitada, de vez que, quer seja ela atribuída à nação ou ao Estado, ambos são subordinados àquele.

* * *

Uma das mais coerentes doutrinas que dizem respeito à soberania, é explicada pelo grande jurista do Cairo, BIGNE DE VILLENEUVE. Admitindo que a salvaguarda do interesse geral é uma necessidade fundamental da vida social, pois, com isso, ficam protegidos os interesses individuais, explica que os indivíduos, entretanto, em vez de se subordinarem ao interesse geral, opõem-lhe tôda sorte de obstáculos. Como disciplinadora dos conflitos entre os interesses privados e os da coletividade, surge, então, como consequência natural dos entrechoques, uma autoridade.

(63) DARCY AZAMBUJA, op. cit., pg. 79.

À medida que se desenvolvem as relações sociais, os diversos grupos sujeitos a uma autoridade vão-se congregando e sendo subordinados a uma autoridade mais ampla, passando, assim, a constituir manifestações de **interesses particulares**. Aparece, com isso, uma hierarquia de autoridades, os grupos menores fundindo-se nos maiores. A autoridade mais alta, isto é, aquela a quem compete uma atitude definitiva de regulamentação dos interesses dos grupos, é a **soberana**. A noção de soberania é, pois, **comparativa**. Na escala hierárquica apresenta-se como um "**superlativo relativo**".

Explicada a origem do poder, conclui VILLENEUVE que a soberania não se confunde com este, pois constitui uma **qualidade** dêle. O poder não pertence exclusivamente ao Estado, mas também a sociedades outras, como a Igreja, por exemplo. O que configura a soberania é uma qualidade suprema, definitiva, que, em determinado domínio, pertence ao poder. Por isso mesmo a soberania não tem, nem pôde ter titular.

O que o Estado deve realizar é o "bem público"; por essa razão o seu poder, que deve conciliar grandes interesses, não pôde deixar de ser soberano, sob pena da sociedade redundar em anarquia. E é preciso que disponha da maior fôrça para impedir a violência, a brutalidade; sem fôrça não pôde haver Estado e, portanto, realização do bem comum.

Não é, contudo, a fôrça que legitima, por si só, o poder público. Faz-se mister que ela seja empregada sem abusos, numa medida justa, visando, apenas, o interesse geral.

Como última condição essencial da soberania, apresenta-se a **competência** do Estado. Exige-se, por isso, dos governantes, qualidades especiais para que possam dirigir os destinos do ambiente estatal.

Sòmente o Estado que visa o bem comum, que possui fôrça e que tem competência, é um Estado soberano e legítimo.

A soberania, conceituada, assim, como uma qualidade do poder do Estado, é **una, indivisível, imprescritível e inalienável**. É **una** porque, com respeito à **mesma matéria** e no **mesmo domínio**, ninguém pôde estar sujeito a deferentes soberanias. É, sob o ponto de vista da sua natureza e da sua essência, **indivisível**; sendo divisível, todavia, o seu exercício. E é **imprescritível e inalienável** porque, se existe em função do bem geral, da fôrça e da competência, uma vez prescrita em favor de alguém, ou a êsse alguém alienada, deixaria de ser o que é.

Na sua esfera de ação é, portanto, o poder soberano, absoluto, supremo, definitivo. Mas, com ser assim, não é ilimitado, nem arbitrário. Manifesta-se como absoluto no sentido de que, na sua esfera de atividade para realizar o bem comum, não está subordinado a qualquer outro poder.

Melhor seria dito, — como pondera DARCY AZAMBUJA — frizando-se “que o poder soberano é absoluto como poder político, o que quer dizer que, para realizar o bem comum da sociedade que governa, êle não depende juridicamente de nenhum outro poder político, de nenhum outro Estado, de nenhuma outra autoridade” (64).

* * *

(64) DARCY AZAMBUJA, op. cit., pg. 89; PEDRO CAIMON, op. cit., pg. 29.

Da evolução histórica do conceito de soberania, uma verdade ressalta: apesar dos pontos de vista grandemente divergentes, e apesar das confusões estabelecidas, não é possível negar que o conceito se traduz, em essência, como "o carácter supremo de um poder".

Assim, nem se confunde com o poder, nem é tão pouco, uma característica essencial do Estado. Se continúa, como dizem alguns, caracterizando o Estado completo e perfeito, é bem de vêr que outros autores, não de menor nomeada, atribuem aos Estados os qualificativos de soberanos e não soberanos.

À doutrina da soberania liga-se uma vasta série de considerações que dizem respeito às relações entre o Direito e o Estado. Três pontos de vista pôdem ser ventilados com referência a tais relações: 1) — ou o Estado deve ser considerado como superior ao Direito; 2) — ou êste é superior àquele; 3) — ou ambos constituem dois aspectos de uma mesma coisa.

Interessa-nos, por agora, o primeiro aspecto, de-lo fato de haver inspirado a doutrina clássica da soberania, exposta por AUSTIN. O poder que existe em tôda sociedade é, para tal autor, supremo e absoluto, cabendo-lhe, por isso, a formulação e a imposição das regras jurídicas, sem qualquer limitação. Outras teorias, entretanto, como vimos, admitem que a soberania descende exclusivamente da vontade do povo; ou a situam na esfera de ação do Direito Internacional, como a de KELSEN, o grande logicista da Escola de Viena.

Para não fugir ao critério clássico, haveríamos de interpretar o conceito como supremo e ilimitado.

E é fácil observar como esta última característica levaria ao despotismo e ao arbítrio. Atente-se para a opinião de BODIN: a soberania era "o poder supremo sobre cidadãos e súditos, não limitado por leis". (65)

Esta referência da soberania a um monarca absoluto visava, todavia, como acentua BODENHEIMER, uma finalidade política. "Na luta pela independência nacional que assinala a transição da Idade Média para a Moderna, foi a monarquia que representou em toda parte a nova idéia do Estado". — diz, textualmente. (66)

Dêste modo, o termo **soberania** foi empregado apenas como "arma de combate na luta política", significando a possibilidade, através de um monarca ou de um corpo legislativo absoluto, de banir as aspirações de quem pleiteasse a supremacia do governo. Admitir-se a possibilidade dessas aspirações, seria, por isso, negar a soberania.

Interpretado o conceito em conformidade com essa visão clássica, teríamos, necessariamente, que aceitar uma ordem de coisas arbitrária. E' razoável, todavia, aceitar-se a soberania como **limitada**; basta, para tal, que a entendamos como a qualidade de uma autoridade que, com ser suprema em sua esfera de ação, é, contudo, condicionada pelos processos culturais.

(65) BODIN, apud BODENHEIMER, op. cit., pg. 74.

(66) BODENHEIMER, op. cit., pg. 74.

AS LIMITAÇÕES DO PODER DO ESTADO.

A idéia da soberania ilimitada, como vimos, caracterizou um momento histórico, ou melhor, consolidou a afirmação de um ideal exclusivamente político. Através do conceito afirmou-se o Estado como autoridade independente.

Em conformidade, entretanto, com a moderna conceituação de Estado, êste só se configura, como faz notar JELLINEK pela submissão ao Direito (67). Se, pelo critério antigo da soberania, a autoridade estatal criava o Direito, é bem de vêr que o Estado atual é-lhe, apenas, realizador.

Por isso, ao poder do Estado deve competir inteira subordinação aos princípios gerais jurídicos (68).

(67) JELLINEK, op. cit., pg. 389.

(68) "A rigor não se conhece, em parte alguma, poder verdadeiramente ilimitado. O conceito de BODIN é incompatível com o estado atual do Direito Público e com o caráter jurídico do Estado constitucional moderno". (v. PAUPÉRIO, op. cit., pg. 163).

"... não há em direito, sequer aqui no mundo, o "absoluto" (PEDRO CALMON, "Curso de Teoria Geral do Estado, pg. 201).

Como, também, respeitar os direitos inerentes ao Homem (69), pois, se assim não o fizesse, desapareceria a razão de sua existência.

É certo, como nota PEDRO CALMON, “que a história é uma infundável série de acontecimentos que valorizam sucessivamente o homem como entidade moral” (70). Após as lutas medievais, afirmou-se o critério humanístico e, desde então, a perspectiva temporal evoluiu para a realização jurídica que, se por vezes desconsiderou os direitos essenciais do indivíduo, marcando fases de prepotência, não teve forças, todavia, para se opôr às aspirações coletivas que viam no Direito um processo regular das atividades sociais, e, no Estado, um meio de realização da individualidade.

“Não importa, — cita o referido autor — a escola filosófica, siquer a aberração doutrinária: no Estado sobreleva o homem, como princípio e fim, causa e razão do fato jurídico”. (71)

Além do reconhecimento dos direitos do homem, ressalta, ainda, o das associações extra-estatais, como a família, a Igreja, os agrupamentos profissionais. O

(69) PAUPÉRIO, (op. cit., pg. 170), — citando ESMEIN, diz que “uma das idéias mais fecundas dos tempos modernos é a que vê no indivíduo direitos anteriores e superiores ao Estado, a quem cabe, por conseguinte, respeitá-los”.

(70) PEDRO CALMON — “op. cit., pg. 341.

(71) PEDRO CALMON — op. cit., pg. 335. “Sob êsse aspecto, — comenta PAUPÉRIO, — nenhuma escola pôs melhor em equação o problema do que a francesa, ao concluir que o poder do Estado se encontra limitado pelos direitos fundamentais do homem: a igualdade e a liberdade”. (op. cit., pg. 171).

que distingue, porém, essas associações daquilo que se chama Estado é que este possui, sob o ponto de vista jurídico, um poder superior de dominação, a êle competindo, dentro do território, uma solução definitiva do conflito de interesses.

Seja-nos, por isso, permitido discordar, apoiados em DABIN, do ponto de vista dos chamados "pluralistas" políticos (72) quando afirmam que há, ou deve haver, dentro do Estado, grupos cujo poder **normativo**, coordenado com o dêle, é-lhe, todavia, ou deve ser, hierarquicamente igual.

O que, para tal ponto de vista doutrinário, constitui objeto primordial de preocupação, não é exclusivamente o direito individual, mas o das associações humanas. Assim, o centro do "universo político", ou "pluriverso", é a corporação. Em conformidade com o sistema jurídico de LASKI, temos o indivíduo, os grupos sociais, e o Estado, que aqui aparece como elemento coordenador das atividades, a êle cabendo, como tal, o respeito à liberdade e igualdade, tanto dos grupos, como dos indivíduos.

Ora, assim sendo, é possível compreender-se o Estado como a corporação mais geral, cujo poder, desde que não atinja a esfera de competência **específica** das outras, deve, por isso, prevalecer; pois, do contrário, não poderia dinamizar a sua atitude coordenadora.

Admitir poderes com autonomia normativa nas diversas corporações que se exercitam na sociedade ao lado do Estado, seria aceitar várias soberanias e,

(72) v. BODENHEIMER, op. cit., pg. 72.

em consequência disso, choques inevitáveis de interesses. Por isso, concordamos com PAUPÉRIO, que prefere um "pluralismo hierarquizado"; pois se os grupos sociais tem o direito de regulamentação na esfera das suas atribuições específicas, cabe, entretanto, ao Estado, como coordenador das exigências do bem comum geral, como "guardião do bem público", a afirmação definitiva com referência aos poderes que lhe são juridicamente subordinados. Se a finalidade do Estado, diz o autor, é a realização do bem público, e se este, por sua própria natureza, é supremo, por estar acima dos fins particulares, cabe àquele um "primado de competência". (73)

Tal competência, todavia, para nós, não é auto-gerada, mas, sim, delegada pelo Direito Internacional, a quem compete, verdadeiramente, o primado de competência.

Visando o bem comum, só poderá o Estado realizá-lo respeitando os princípios do Direito, como vimos, e da Moral; constituindo um instrumento, um meio, através do qual se exercitam e desenvolvem as qualidades dos indivíduos, é limitado pelos direitos naturais da pessoa humana. E sendo uma sociedade natural entre outras tantas, cujas prerrogativas são de ordem temporal, não pôde desconhecer a atitude de certas organizações que se dirigem para outros aspectos do homem, como o espiritual, por exemplo, assim como não pôde desconhecer a família, célula da sociedade, e os grupos profissionais os mais variados.

(73) v. PAUPÉRIO, op. cit., pg. 184/5.

Se, por isso, deve ser sujeito, no interior, às limitações referidas, limita-se ainda mais se atentarmos para as suas relações no exterior.

Admitido o princípio da igualdade entre os Estados, sob o ponto de vista jurídico, não poderia um dê-les caracterizar o super-Estado. Há-de se reconhecer, forçosamente, a comunidade internacional.

Como nota WILCHES (74), "a evolução do direito se fazendo sôbre um plano dinâmico paralelo ao da evolução social, as noções que, num momento histórico determinado, resumem as conquistas realizadas pela espécie humana tendendo a se organizar normativamente, não poderiam ser analisadas como abstrações do espírito, mas como etapas da técnica jurídica".

Assim, quando da transição da sociedade de tipo feudal para a de tipo nacional, que culminou com a Revolução francesa, a soberania nacional afirmou-se visando a implantação de uma nova ordem de coisas que caracterizou a passagem da Idade Média para a época moderna. Tal fato, historicamente, levou ao conceito de "personalidade do Estado", constituindo a soberania um dos seus direitos subjetivos; foi essa a maneira pela qual foi possível fortificar a organização estatal e estabelecer a sua independência com relação às demais.

Se, com a queda do Império romano podemos considerar como terminado o ciclo do "Direito da Cidade", daí até o fim do século XIX vencemos a etapa do "Direito nacional". Nêste período prevalece o isola-

(74) WILCHES, *op. cit.*, pg. 74.

mento nacional, favorecido pela possibilidade de cada Estado bastar-se a si mesmo pela economia própria, fato que permitiu a expressão de uma soberania também própria. Daí por diante, entretanto, por vários motivos, foi iniciada uma expansão cada vez maior das relações internacionais; a consequência imediata disso revelou-se no sentido de que hoje é impossível ao Estado isolar-se da comunidade internacional. E de tal maneira é assim, que os problemas do homem são, hoje, mais do que nunca, os problemas mundiais, e estes, por sua vez, como em nenhum outro período histórico, exercem influência sobre o indivíduo.

Não resta dúvida, portanto, "que estamos em presença de uma revisão geral de valores em todos os terrenos da atividade humana". Um exame do panorama do mundo mostra-nos, — e isto é importantíssimo, — "que a principal das crises contemporâneas é a ausência de correspondência entre o tipo jurídico da organização nacional e as exigências peremptórias da infra-estrutura supra-nacional" (75).

Por isso, o Direito Internacional "deixou de ser um tema acadêmico, para constituir um imperativo vital da nossa raça".

Sem dúvida, a comunidade internacional é uma realidade patente. O que, todavia, se observa é uma maior ou menor resistência dos Estados em ceder diante da força dos fatos. Muito arraigadas estão ainda, como acentúa WILCHES, as idéias de "personalidade moral do Estado" e de "soberania nacional ilimitada".

(75) WILCHES, *op. cit.*, pg. 78.

Encarando a soberania sob o aspecto clássico de **ilimitação**, concebe o autor que ser soberano significa “não estar limitado por nada; ficar dono absoluto de seus próprios destinos; dispôr sob todos os pontos de vista de sua conduta”. Por isso, a soberania absoluta do Estado e o Direito Internacional são termos antagônicos, nenhuma transação sendo possível entre os dois extremos.

O PRIMADO DO DIREITO INTERNACIONAL

Com referência às relações recíprocas entre o Direito interno e o Direito internacional, três correntes doutrinárias pódem ser expostas: a do **paralelismo**, a do **nacionalismo constitucional** e, finalmente, a do **internacionalismo**. (76)

Para a primeira doutrina, também chamada **duo-lita**, e apregoada por TRIEPEL, o Direito Internacional e o Direito interno constituem dois sistemas distintos; se o primeiro diz respeito às relações entre os Estados, o segundo rege as relações entre os indivíduos. Por isso não há, entre êles, nenhuma relação de subordinação.

O fundamento do Direito Internacional tem validade distinta da em que se funda o Direito interno, pois tal validade repousa na "vontade comum", resultante da "união" das vontades estatais, e não por simples acôrdo. Eis a origem do "ato-união" (77). Assim, as relações não dizem respeito a um **contrato** (pois

(76) MIRKINE-GUETZÉVITCH — "Modernas tendências del Derecho Constitucional", pg. 50.

(77) GEORGES SCELLE — "Précis de Droit des Gens", pg. 36, vol. I.

nêste há vontades que se opõem, visando fins diferentes, e que obedecem a um direito objetivo preexistente que lhe condiciona a validade), mas a um "**ato-união**", em que é possível haver, não só dualidade como pluralidade de participantes, crescendo, ainda, que nêste caso os interesses são idênticos, a mesma finalidade sendo comum a todos, consistindo na criação de normas novas.

A diferença entre as duas categorias jurídicas consiste na distinção que o autor estabelece entre **tratado-contrato** e **tratado-lei**. Em virtude do primeiro, os Estados ligam-se como os indivíduos em suas transações de ordem civil; pelo segundo, os Estados, de comum acôrdo, submetem-se voluntariamente às normas que deverão reger determinadas relações.

Contra êsse critério manifesta-se WILCHES (78), considerando que, em primeiro lugar, não é possível demonstrar, mesmo a título de hipótese, por ser anti-científico, que a soma das vontades seja superior a qualquer das vontades que a compõem. Portanto, se não aceitarmos o "ato-união" como repousando sôbre fundamentos objetivos que lhe sejam superiores, é bem de vêr que, se os Estados se subordinam **voluntariamente**, pelo mesmo fato da sua vontade poderão desistir da subordinação (79).

(78) WILCHES, op. cit., pg. 7.

(79) A mesma crítica diz respeito, outrossim, à teoria da "auto-limitação" atribuída a JELLINEK. Para tal doutrina, inspirada no pensamento alemão que leva à divinização do Estado, êste é dotado de vontade autônoma, sôbre a qual nenhuma ordem obrigatória existe; por isso, pôde contrair a obrigação de respeitar e cumprir os compromissos livremente efetuados com outros Es-

Por outro lado, não é verdade que o Direito Internacional diga respeito tão somente às relações **entre os Estados**, uma vez que protege, também, os direitos dos indivíduos. Reconhecer, como fundamento único daquele Direito, a **vontade** dos Estados, manifestada através do "ato-união" é admitir, como fonte formal do Direito das gentes, unicamente o **tratado**, e ignorar, por consequência, a "fôrça criadôra do costume".

A segunda doutrina, chamada também a do **primado do direito nacional**, consiste na prevalência do Direito constitucional e consequente aniquilação do Direito Internacional.

No seu livro sôbre as "Modernas tendências do Direito Constitucional", "estudo moderno de Direito político. . . catalogado entre os melhores de nossa época", não a aprecia MIRKINE-GUETZÉVITCH. "Depois da guerra, — diz êle, — com a fundação da Sociedade das Nações, esta solução não corresponde ao ritmo do desenvolvimento do Direito moderno e da consciência jurídica contemporânea" (80).

A terceira doutrina não só estuda os fenômenos jurídicos sob o ponto de vista histórico e sociológico, mas também sob o aspecto lógico. Com referência a

tados. Ora, — comenta WILCHES (op. cit., pg. 6) — se a vontade dos Estados é a creadôra do Direito Internacional, essa mesma vontade pôde deixar de respeitar a norma a que deu origem; e se existem contingências ou princípios que obrigam aquêles a respeitar os pactos pelos quais são auto-limitados, é porque a fôrça obrigatória de tais pactos não reside na vontade estatal, mas nas contingências ou princípios mesmos que a dominam.

(80) MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit., pg. 51.

êste último, destaca-se KELSEN, cuja doutrina monista, sob o ponto de vista, muito principalmente, da soberania, já tivemos oportunidade de apreciar.

Outro autor, que fórma entre os consolidadôres da Escola austríaca, é VERDROSS. O que distingue tal doutrinador do ponto de vista adotado por KELSEN é o seguinte: enquanto êste utiliza, como fundamento necessário da sua teoria, a **hipótese**, aquele concebe a esta, nas ciências naturais, como constituindo mera **antecipação**, que deverá ser submetida à verificação experimental. Assim, só poderá ser considerada como científica, se comprovada.

Por isso, a **hipótese** de KELSEN, por êle mesmo apresentada como "indemonstrável", somente pôde ser interpretada como "verdade convencional" e, portanto, arbitrária.

Para VERDROSS, o fundamento do Direito Internacional não reside num convencionalismo lógico; mas na regra "pacta sunt servanda", que por sua vez repousa no "valor absoluto da idéia de justiça" e da moral, às quais atribui uma realidade objetiva e universal (81).

Tal fundamento, que o autor considera como "metajurídico", — mostra WILCHES, — ou deve aceitar o Direito Natural com tôdas as suas consequências, ou não passam os seus têrmos de expressões vagas. . .

Defendendo a doutrina monista com a afirmação do primado do Direito Internacional, destaca-se

(81) GEORGES SCELLE, op. cit., pg. 41.

LÉON DUGUIT, cuja concepção, naquilo que diz respeito à soberania, já estudámos.

Entendendo que o Direito é uma disciplina empírica, tributária da Sociologia, afasta-se, por isso, da concepção de KELSEN, que, como vimos, o admite como "ciência pura".

Para o ilustrado mestre de Bordéus, a Sociedade, sendo um organismo vivo, está sujeita, como qualquer outro organismo, às influências do ambiente; e, se as regras de Direito são regras de conduta social, a ciência jurídica pertence ao mesmo critério das ciências naturais. Por essa razão, tais regras não são abstrações do espírito, mas produtos do meio social.

Visando a determinação do conteúdo do dever que se impõe aos homens vivendo em sociedade, estuda a vida social, a natureza do laço que une os homens, e as relações que daí nascem. Seguindo DURKHEIM, dá a êsse laço o nome de **solidariedade social**. Esta é, porém, dupla: os homens estão unidos entre si, primeiro por uma solidariedade **mecânica** ou por similitudes; e por solidariedade **orgânica**, ou divisão do trabalho.

Sendo os indivíduos por muitos aspectos semelhantes uns aos outros, têm as mesmas tendências, inspirações, necessidades, sentimentos, faculdades, que só podem ser realizados pela vida em comum. Daí, ser impossível a qualquer membro da coletividade social a prática de atos que sejam contrários ao fato de que cada qual possa também obter a satisfação dessas necessidades comuns a todos.

Quando as sociedades chegam a um determinado gráu de civilização apresenta-se, como elemento es-

sencial da interdependência, a solidariedade orgânica. Surgem, com tal desenvolvimento, necessidades diferentes, atitudes humanas diferentes, o que leva cada indivíduo a realizar sua atividade de acordo com as suas capacidades próprias. Depreende-se disso que, cada membro do grupo social tem a cumprir um duplo dever: o primeiro, negativo, que consiste em deixar de fazer tudo quanto possa impedir os outros de desenvolver sua atividade no sentido da consecução das necessidades comuns a todos; o segundo, positivo, que consiste em fazer tudo quanto possa, em conformidade com as suas aptidões, para assegurar a realização da solidariedade.

Por isso, no conceito solidarista, a liberdade não é um direito, mas um dever. A resolução de todos os grandes problemas sociais estaria garantida se os homens estivessem plenamente convencidos de que o conceito de solidariedade por divisão do trabalho constitui um princípio fecundo de vida moral e de vida social; a vida será mais feliz desde que cada um desempenhe totalmente, de maneira mais perfeita, a tarefa que lhe incumbe.

Com referência à "liberdade-direito", persiste a característica negativa; pelo que o Estado "não pode dificultar o desenvolvimento da atividade física, intelectual, e moral do indivíduo: pode, todavia, limitar a atividade de cada um, porém só na medida necessária para proteger a liberdade de todos" (82).

Ora, se o trabalho se impõe obrigatoriamente, não só aos indivíduos, mas também a todas as classes

(82) LÉON DUGUIT, *op. cit.*, pg. 236.

sociais, ponto de vista que encontra sua aceitação na consciência moderna, é de se ressaltar a superioridade do conceito solidarista em relação ao conceito individualista; se, para êste último o homem tem direitos antes de ter deveres, para aquele dá-se justamente o contrário.

Cabe ao Estado a função de assegurar ao indivíduo a assistência, a instrução, que deve ser realizada em conformidade com as aptidões de cada um; e, ao indivíduo, o direito de exigir daquele a possibilidade de tal trabalho, assim como o desenvolvimento das suas capacidades e a proteção.

Se o Estado, conforme o conceito individualista, era considerado como pessoa distinta dos governantes, titular do poder, soberano, que exercia o poder de que era investido, segundo o conceito solidarista, os governantes estão, como quaisquer outros, submetidos à norma que descende da solidariedade social, pelo que devem cumprir as obrigações por ela impostas. O exercício do poder visa o desenvolvimento da solidariedade social. Se a liberdade era um **direito**, e "a autonomia individual uma espécie de soberania individual", aparecem, agora, como um **dever**, "uma espécie de função".

O poder público, que era um **direito**, o mais ativo, o mais enérgico, fica sendo compreendido como um **dever**. Por isso, os detentores do poder somente podem mandar "na medida em que as ordens que dão se destinem a lhes permitir o cumprimento dos deveres que lhes incumbem". Esta atividade, cujo exercício constitui para êles uma obrigação jurídica, e "que lhes dá o poder de mandar quando permanecem dentro destes

limites", é o fundamento do que se chama "**serviço público**". Este conceito substituiu, assim, a noção de soberania.

Se, no ambiente do Direito privado, DUGUIT anula o conceito de direito subjetivo, substituindo-o pela idéia de "função social", no Direito público substitui o conceito de soberania pelo de "serviço público".

Negando o ponto de vista do voluntarismo jurídico, o mestre de Bordéus acredita que o que dá, a uma regra, caráter jurídico obrigatório, não é o fato da sua elaboração pelos governantes, mas a sua conformidade com os imperativos da solidariedade social e da justiça. O Estado, por isso, nada mais é do que uma relação entre governantes e governados; e se os primeiros usam da força para impôr o respeito às normas, tal força é legítima em nome daquela solidariedade. O poder diz respeito ao govêrno enquanto êste tem uma atividade útil.

O mesmo processo referente à solidariedade mecânica e orgânica, que encontramos na evolução social, sob o aspecto do Estado, aplica-se no que diz respeito às relações entre os Estados.

Sempre que o grupo humano toma consciência do fato de que a coesão social exige regras obrigatórias para a sua permanência, nasce o Direito. Em nome, pois, do princípio da solidariedade social, surge, em determinado momento da evolução da Sociedade, o Direito Internacional. A solução monista considera-o como o ponto culminante da construção normativa; assim, sôbre a "norma social", que exprime a solida-

riedade nacional, prevalece a "norma intersocial", manifestação da solidariedade internacional (83).

DUGUIT, todavia, conquanto monista, baseado no critério da **solidariedade social**, ao considerar a soberania como conceito identificado a **vontade** (a qual, segundo êle, como vimos, não pôde ser atribuída senão ao homem), é levado, por isso, a negá-la.

Aceita-a, entretanto, KELSEN, o grande logicista da Escola de Viena, para atribuí-la ao Direito Internacional.

Se a soberania "é a propriedade de ser uma ordem suprema, uma ordem que já não deve a sua validade a uma ordem superior", e se é lógico admitir-se um sistema normativo que, além de **uno**, é **único**, impossível é conceber a existência de Estados **soberanos**. Se as religiões monoteístas concluem a unidade e a unicidade de Deus pelo fato de que êste é **supremo**, do mesmo modo a ciência do Estado chega necessariamente à conclusão de que a soberania de um Estado exclui a de todos os outros, — argumenta o autor.

Se a um Estado pôde ser atribuída a soberania, os demais Estados forçosamente, não-de ser conside-

(83) WILCHES, op. cit., pg. 15. "O processo de formação do Direito é o mesmo, quer diga respeito ao Direito nacional ou ao Direito internacional. Um e outro são inseparáveis da trajetória que segue a solidariedade social, suas vicissitudes, seus progressos ou seus recuos. Se a solidariedade internacional tem maior raio de ação que a solidariedade nacional, se a sua superestrutura jurídica tem um diâmetro superior, é impossível descobrir uma fórmula mágica que faça caber a maior circunferência na menor. No terreno da lógica não existe a condição de leito de Procusto". (WILCHES, op. cit., pg. 72).

rados como ordens inferiores, delegadas, existentes para o primeiro em virtude do "**reconhecimento**". O *Direito Internacional* será, pois, manifestação do "direito nacional externo".

A idéia, todavia, da coordenação de Estados, ou melhor, o princípio da sua igualdade de direito, é uma necessidade, muito embora cientificamente indemonstrável. Mesmo os que defendem a soberania estatal ensinam que há outros Estados também soberanos, que são, por isso, iguais uns aos outros. . .

Em virtude disso, — diz KELSEN, — sendo a concepção dos Estados coordenados inconciliável com a teoria da soberania estatal, e não sendo possível a negação dos Estados iguais em Direito, isto implica necessariamente, a afirmação da supremacia da ordem jurídica internacional.

CONCLUSÃO

1 — Infere-se, do que ficou dito, que a soberania não é mero poder; sua conceituação precisa, afirmada por BODIN, no século XVI, implica atribuição **superlativa**.

Assim sendo, configura-se como um poder supremo, entendido como aquele que, em determinada esfera de ação, além de ser o mais alto, independe de qualquer outro.

2 — Como caráter supremo de um poder, não é, entretanto, a soberania, uma característica do Estado; condição da existência deste é um poder originário de dominação irresistível. Se continua a tipificar o Estado "perfeito", como quer PEDRO CALMON (84), seria possível admitir-se a existência, tanto de Estados soberanos, como de Estados não soberanos, como quer JELLINEK (85).

3 — Se, sob o ponto de vista jurídico e político, é incontestável que a soberania estatal expunge qualquer outra, atribuí-la a um Estado implicaria em ad-

(84) PEDRO CALMON, *op. cit.*, pg. 199.

(85) JELLINEK, *op. cit.*, pg. 396.

mitir os outros Estados subordinados ao "**reconhecimento**", o Direito Internacional nada mais sendo que um prolongamento do Direito nacional.

A igualdade jurídica dos Estados é, hoje, todavia, uma realidade a que se não pôde fugir. As relações entre êles, cada vez mais íntimas, cada vez mais complexas, não devem estar sujeitas ao misoneísmo das idéias da "personalidade vountarista do Estado" e da "soberania nacional"; e tal concepção de igualdade exclui, é bem de vêr, a da soberania estatal.

4 — Se a ordem jurídica é, além de **una**, também **única**, só poderemos, por isso, atribuir aos Estados uma posição **coordenada**, ao Direito Internacional competindo o primado de competência, e, portanto, a **soberania**.

5 — Sendo suprema em sua esfera de ação, não é, contudo, a soberania, ilimitada; sofre a limitação dos processos culturais. Concebê-la atribuída de ilimitação, seria afirmar o despotismo, desconhecendo os anelos da consciência jurídica dos nossos tempos.

Ao conceito clássico da soberania absoluta e ilimitada, vasado na expressão do "summum imperium" de doutrina Hobbesiana, opõe-se a conceituação moderna de soberania limitada, o supremo grau de poder condicionado às modificações espacio-temporais da consciência jurídica, visando inatingível solução para uma das múltiplas facetas da humana continência.



PAPELARIA REQUIÃO