

**A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS
REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA**

*EXTERNAL SOVEREIGNTY AS A MUTABLE PHENOMENON AND ITS REFLECTIONS IN
LEGAL THEORY*

Lívia Gaigher Bosio Campello

Pós-doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Professora Permanente e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil).

E-mail: livia.gaigher@uol.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9067637443861868>.

João Felipe Menezes Lopes

Juiz Federal Substituto da Justiça Federal de Primeiro Grau no Mato Grosso do Sul. Mestrando em Direitos Humanos na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil).

E-mail: joaofelipelopes2011@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1060491493870598>.

Submissão: 22.01.2017.

Aprovação: 04.04.2017.

RESUMO

Este trabalho evidencia a característica mutável do conceito de soberania externa dos Estados, de acordo com o momento histórico e com as pretensões dos governantes, até o ponto de tensão que justificou uma regulação internacional que mitigaria, em grande medida, a própria noção decorrente do conceito. Com efeito, descreve e analisa as discussões teóricas que influenciaram o desenvolvimento de uma teoria jurídica em torno do conceito de soberania estatal externa. Para além da abordagem histórica, explicita o modo como a soberania vem sendo interpretada no mundo contemporâneo globalizado e comprometido internacionalmente com políticas comuns (econômicas, ambientais, de segurança pública, etc.). Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utiliza-se o método dedutivo, bem como a revisão da bibliografia clássica e contemporânea dos principais expoentes do tema em questão.

PALAVRAS-CHAVE: teoria do direito; direito internacional; soberania.

ABSTRACT

This article proposes to demonstrate the changeable feature of state's sovereignty conceptual along the evolution of international society, until the turning point that have justified a regulation responsible for mitigating, largely, the very notion of the concept. This will be done by describing and analyzing theoretical discussions that influenced the development of a theory about the concept of external sovereignty. Besides the historical approach, exposes how sovereignty have been interpreted in our globalized society, committed with common

goals. As an exploratory and descriptive research, uses the deductive method, as well as classic and contemporary literature review.

KEYWORDS: *theory of law; international law; sovereignty.*

INTRODUÇÃO

As reflexões sobre os conceitos de poder soberano e soberania existem desde que as comunidades humanas entenderam por bem reunirem-se na forma de Estado, sob a liderança de um governante. Com efeito, o presente trabalho pretende descrever e analisar a evolução do conceito de soberania externa desde o século XVI, época da descoberta do Novo Mundo e da elaboração de teorias que visavam justificar ou contrapor a política de dominação dos povos descobertos, assim como demonstrar o modo como esse mesmo conceito vem sendo (re)interpretado nos dias atuais.

Para tanto, no capítulo inaugural busca-se descrever a evolução das discussões teóricas a respeito da extensão dos direitos dos espanhóis sobre o território americano descoberto, ocupado e colonizado, assim como seus reflexos no desenvolvimento de uma teoria jurídica em torno do conceito de soberania estatal externa.

No capítulo seguinte, pretende-se demonstrar como a compreensão e a teorização dos conceitos de soberania interna (a disciplinar a relação do Estado com os indivíduos que compõem seu elemento pessoal) e de soberania externa (que regula a relação entre Estados soberanos em suas recíprocas interações) trilharam caminhos distintos no curso da evolução histórica, assim como os efeitos daí decorrentes.

Na sequência, buscar-se-á abordar a reformulação do conceito de soberania externa na atualidade, resultante da regulação internacional havida a partir de meados do século XX e, no caso brasileiro, da integração das políticas e dos compromissos assumidos pela Constituição da República em matéria de Direito Internacional.

Finalmente, no capítulo de encerramento pretende-se demonstrar os reflexos da globalização e da interligação econômica, política e jurídica mundial na soberania dos Estados.

Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utilizar-se-á o método dedutivo, bem como a revisão da bibliografia clássica e contemporânea, pertinentes ao tema em questão.

1 AS PRIMEIRAS TEORIZAÇÕES DO CONCEITO DE SOBERANIA EXTERNA

O conceito de soberania pode, para fins metodológicos, ser cindido em duas distintas dimensões: a soberania interna, a disciplinar a relação do Estado com os indivíduos que compõem seu elemento pessoal, e a soberania externa, que regula a relação entre Estados soberanos em suas recíprocas interações.

Ferrajoli¹ aponta que a soberania externa foi a primeira a ser objeto de teorização, remontando suas iniciais formulações a estudos de teólogos espanhóis do século XVI, dentre os quais Francisco de Vitoria, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez, tendo como pano de fundo uma exigência de ordem prática: oferecer fundamentos jurídicos para a conquista do Novo Mundo, logo após o seu descobrimento².

Dentre os fundamentos que buscavam legitimar a conquista e a colonização do território descoberto estariam o *iusinventionis* (direito de descobrimento), de cunho privado, invocado por Colombo; a ideia de uma soberania universal do Império e da Igreja; o fato de que os índios fossem *infideles* (infiéis) e pecadores; a submissão supostamente voluntária dos nativos aos colonizadores e a ideia de uma concessão especial de Deus aos espanhóis.

Foram intensos os debates ocorridos na primeira metade do século XVI a respeito da (in)justiça da guerra de conquista, tendo papel de proeminência na defesa da preservação dos direitos dos povos originários americanos Bartolomeu de Las Casas. Ainda que não na defesa direta desses direitos, Francisco de Vitoria (1539), em suas preleções apresentadas na Universidade de Salamanca durante os anos 20 e 30 do século XVI, contestou os títulos de legitimação apontados como fundamento da conquista, rechaçando a ideia de uma soberania universal do império³ e da Igreja⁴, o fato de que os índios fossem infiéis⁵ e pecadores⁶ e sua submissão voluntária, de cuja espontaneidade coube a ele duvidar.

¹FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

² Sepúlveda (1870) *apud* Ferrajoli (2002, p. 67, nota de rodapé 4), depois de classificar os novos povos como “bárbaros por natureza, sem escrita, sem juízo e manchados por muitos vícios”, busca legitimar o direito de dominação do Novo Mundo, com base nos seguintes fundamentos: “Tais povos devem, por direito natural, obedecer aos homens mais civilizados, mais ajuizados, para serem governados por costumes e hábitos melhores”.

³ “O imperador, ainda que fosse o senhor do mundo, nem por isso poderia ocupar as províncias dos bárbaros e nomear novos senhores depondo os antigos, ou se apoderar dos tributos” (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 69, nota de rodapé n. 7)).

⁴ “O papa não detém nenhum poder temporal sobre os bárbaros das Índias, nem tampouco sobre outros infiéis [...] os príncipes cristãos não podem, nem mesmo com a autorização do papa, reprimir os bárbaros quanto aos pecados contra a lei natural nem puni-los pela sua maneira de pensar” (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 69, nota de rodapé n. 8)).

⁵ “A falta de fé não impede que alguém seja um verdadeiro proprietário” [...] A falta de fé também não justificaria a dominação, conforme se observa do trecho a seguir da mesma fonte: “E isto é provado também, em primeiro lugar, porque as Escrituras chamam de reis a vários infiéis, como Senaquerib e Faraó e muitos outros... Da mesma forma, Paulo e Pedro ordenam que sejam obedecidos os príncipes, que naquele tempo eram todos

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

Apesar disso, o mesmo Vitoria apresentou argumentos que, além de legitimarem a conquista com base em outros fundamentos que não os de ordem exclusivamente religiosa, são apontados por Ferrajoli⁷ como o substrato teórico inicial de um conceito de soberania externa. A base de sua teoria de legitimação da colonização do novo mundo é fundada em três pilares: (a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; (b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; (c) a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, redefinida como sanção jurídica às ofensas sofridas.

A ideia de ordem mundial como sociedade de Estados soberanos, igualmente livres e independentes, sujeitos externamente a um mesmo direito das gentes e internamente às leis constitucionais⁸, é revolucionária se contraposta à visão predominante à época, de *communitas* universal, submetida ao domínio universal do imperador e do papa. Com base nesses elementos teóricos, Ferrajoli⁹ conclui que Vitoria acaba por enunciar o fundamento democrático do poder do soberano, até mesmo antecipando o princípio moderno da soberania popular, e por vincular os Estados soberanos a uma regulação de caráter jurídico no plano internacional.

Entretanto, a teorização de direitos dos povos e dos Estados de Vitoria é tão inovadora quanto conveniente. Inovadora porque desvincula a atuação estatal à vontade soberana do monarca ou da Igreja; conveniente porque, a reboque, enuncia direitos que produzem o efeito de legitimar a dominação espanhola. Ferrajoli bem exemplifica essa concepção finalisticamente dirigida:

Só que dessa concepção Vitoria faz derivar uma longa série de outros direitos das gentes, cuja aparente universalidade é desmentida pelo seu caráter coercitivamente assimétrico: antes de tudo, o *ius peregrinandi* (direito de viajar) e *degen di* (de permanecer), e, portanto, o direito de trânsito e a liberdade dos mares, que serão posteriormente teorizados de maneira bem mais explícita e articulada por Alberico Gentili e por Hugo Grotius; em segundo lugar, o *ius commercii* (direito ao comércio) e, conseqüentemente, a consagração jurídica de um grande mercado mundial unificado; em terceiro lugar, o *ius occupationis* (direito de ocupação) sobre as terras incultas e sobre

infieis, e que os servos obedeam a seus patrões” (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 70, nota de rodapé n. 9).

⁶ “Não pode o papa fazer guerra aos cristãos, por serem fornicadores ou ladrões... E confirma-se: são mais graves os pecados entre os cristãos, que sabem tratar-se de pecados, do que entre os bárbaros, que o ignoram”. (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 70, nota de rodapé n. 9)).

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸ “Pergunta-se ainda: as leis civis não obrigariam também os legisladores e, principalmente, os reis? Alguns entenderam que não, já que eles estão no topo de toda a administração pública, e já que ninguém pode ser obrigado senão por alguém que lhe seja superior; porém, o mais certo, e o mais provável, é que estejam submetidos [a tais leis]” (Vitoria (1528) *apud* Ferrajoli (2002, p. 76-77, nota de rodapé n. 16).

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA
TEORIA JURÍDICA

as coisas que os índios não coletam, a começar pelo ouro e pela prata; em quarto lugar, o *ius migrandi* (direito de migrar), ou seja, de transferir-se ao Novo Mundo e nele adquirir cidadania. Fica claro o caráter concretamente desigual de todos esses direitos abstratamente universais: de fato, somente os espanhóis podem exercê-los - transferindo-se, ocupando, ditando as leis do escambo universal -, enquanto os índios são unicamente as partes passivas e as vítimas.¹⁰

Como visto, a construção de uma teoria que termina por endossar a ideia de soberania estatal no plano internacional no século XVI ainda está intimamente ligada à ideologia de legitimação da conquista. Tanto é assim que Vitoria, sob o pretexto sedimentar sua teoria, enuncia outros direitos que possuem traço colonialista ainda menos velado, a saber: *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium* (direito de anunciar e pregar o Evangelho), ao qual correspondia o dever dos índios de não obstar-lhe o exercício; o direito-dever de *correctio fraterna* (censura fraternal) dos bárbaros¹¹, o direito-dever de proteger os convertidos de seus caciques¹², e; o direito dos espanhóis, quando os índios não se convencessem de suas razões, de defenderem seus direitos e sua segurança com a medida extrema da guerra, o que implica a modelação do conceito de “guerra justa”.

Ferrajoli¹³ destaca que a concepção de “guerra justa” de Francisco de Vitoria é intermediária entre a posição sumária e violenta de Juan Gines de Sepúlveda, para quem a questão a ser discutida relacionar-se-ia unicamente ao método mais prático de dominação dos infieis, e a posição liberal de Bartolomeu de Las Casas, que defendia o direito dos índios de resistir à ocupação espanhola.

O entendimento de que a concepção de “guerra justa” de Vitoria representaria a gestação de um conceito primário de soberania externa, tal como defendido Ferrajoli¹⁴, fundamenta-se no fato de que a guerra somente poderia ser adotada por Estados (e não por particulares) e se justificaria em razão de os Estados estarem submetidos ao direito das gentes.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

¹¹“A reprimenda entre irmãos é do direito natural, assim como o amor. Portanto, sendo que todos eles [os bárbaros] se encontram não apenas no pecado, mas também fora do estado de salvação, cabe aos cristãos corrigi-los e dirigi-los, e é evidente que são até mesmo obrigados a fazê-lo” (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 82, nota de rodapé n. 34)).

¹²“Se alguns dos bárbaros tiverem sido convertidos a Cristo, e seus chefes quiserem reconduzi-los à idolatria por meio da força ou da intimidação, os espanhóis também com esse pretexto podem, caso não possa ser feito de outra forma, declarar guerra e coagir os bárbaros a desistirem daquela injustiça, perseguir os pertinazes através do direito de guerra e, eventualmente, chegar a tirar o poder os chefes daqueles, assim como acontece em outras guerras justas” (Vitoria (1539) *apud* Ferrajoli (2002, p. 83, nota de rodapé n. 36)).

¹³FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 84.

¹⁴ Op. cit.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

A exclusividade estatal na declaração e na promoção de atos de guerra, nos moldes da teoria vitoriana do século XVI, pressupõe o controle completo e absoluto do Estado sobre a população de seu território, bem como sua legitimação para atuar no plano externo em defesa de todos, contra qualquer fonte que, na compreensão do governante, represente perigo aos interesses e à estabilidade de seus elementos constitutivos.

Por outro lado, a vinculação do instrumento (“guerra”) a uma finalidade necessariamente relacionada ao direito (“justa”) revelaria o condicionamento axiológico desse tipo de solução extrema de conflitos entre Estados. E não podendo a guerra ser levada a efeito sem a invocação de um motivo justo (ainda que fundado no direito natural), o Estado estaria limitado no plano internacional por normas jurídicas, das quais seria possível concluir pela regra de soberania de cada um dos Estados em seus próprios territórios, sendo a intervenção externa uma exceção.

2 A “ABSOLUTIZAÇÃO” E A LIMITAÇÃO DE UM “MESMO” CONCEITO

Segundo Ferrajoli¹⁵, o condicionamento axiológico da guerra, defendido por Vitoria, teria sido ignorado no século XVII, a partir de quando se teria iniciado um processo de “absolutização” da soberania externa dos Estados, que só iria encontrar resistência já em meados do século XX. Os Tratados Westfália, concluídos em 24 de outubro de 1648, com o fim de garantir a paz duradoura por meio de equilíbrio entre poderes dos Estados, depois da sanguinária Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), é considerado pelo jurista italiano o marco inicial da deflagração deste processo.

Tais tratados são comumente vistos por internacionalistas como dos mais emblemáticos registros históricos de normatização da relação entre Estados soberanos, segundo os quais estes mesmos Estados não reconheciam qualquer autoridade superior e se comprometiam a respeitarem-se mutuamente. Apesar disso, Ferrajoli (*op. cit*) assenta que, a partir dos tratados, houve uma proliferação de estudos no século XVII defendendo que a sociedade internacional estaria sujeita à vontade e aos interesses dos sujeitos mais fortes, o que representaria um retrocesso em relação às premissas vitorianas.

Neste segundo marco histórico, Jean Bodin, Thomas Hobbes e John Locke figuram dentre os autores que se destacaram na teorização de um conceito de soberania de Estado.

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcia Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

Seus ensaios contribuíram para a proliferação de relações internacionais pautadas no arbítrio dos governantes estatais.

Hobbes¹⁶, no capítulo intitulado “Dos direitos do soberano por instituição” de sua obra *Leviatã*, publicada em 1651, descreve o modo e a extensão da soberania externa do Estado, especialmente no tocante ao uso do instrumento da guerra como forma de resolução de conflitos internacionais. Para ele, um dos atributos da soberania é o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados, cabendo ao soberano “decidir quando ela, a guerra, corresponde ao bem comum, e qual a quantidade de forças que devem ser reunidas, armadas e pagas para esse fim”.¹⁷

Mais adiante, Thomas Hobbes equipara a relação dos Estados soberanos ao estado de natureza em que os homens viviam anteriormente ao pacto social, o que revela sua compreensão ilimitada e absoluta da soberania externa dos Estados:

A liberdade à qual se encontram tantas e tão honrosas referências nas obras de história e filosofia dos antigos gregos e romanos [...] não é a liberdade dos indivíduos, mas a liberdade do Estado; a qual é a mesma que todo homem deveria ter, se não houvesse leis civis nem qualquer outra espécie de Estado [...]. Porque tal como entre homens sem senhor existe uma guerra perpétua de cada homem contra seu vizinho, sem que haja herança a transmitir ao filho nem a esperar do pai, nem propriedade de bens e de terras, nem segurança, mas uma plena e absoluta liberdade de cada indivíduo; assim também, nos Estados que não dependem uns dos outros, cada Estado (não cada indivíduo) tem absoluta liberdade de fazer tudo o que considerar (isto é, aquilo que o homem ou assembleia que os representa considerar) mais favorável a seus interesses. Além disso, vivem numa condição de guerra perpétua, e sempre na iminência da batalha, com as fronteiras em armas e canhões apontados contra seus vizinhos a toda volta.¹⁸

De modo semelhante, teorias que assentavam a existência de uma soberania interna fortemente limitada pelas leis divinas e naturais, expostas nas obras de Bodin e Locke, transmutavam-se por completo quando o objeto de análise eram as relações dos Estados frente a seus pares (a soberania externa). Alterado o espectro, os mesmos autores que pregavam as limitações de ordem interna, defendiam a existência de uma sociedade internacional selvagem em estado da natureza, na qual há de prevalecer a lei do mais forte.

Locke¹⁹, teorizando sobre o contrato social, aduz que o estado prévio a esta regulação seria o estado de natureza, no qual os indivíduos seriam livres para defender, com suas

¹⁶HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

¹⁷ Op. cit., p. 110.

¹⁸HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 131-132.

¹⁹LOCKE, John. *Os pensadores*: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2ª edição. São Paulo: Abril cultural, 1978.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA
TEORIA JURÍDICA

próprias forças, seus direitos e interesses. Antecipando as críticas sobre onde estariam ou onde estiveram, algum dia, homens em alegado estado de natureza, o autor argumenta que “todos os príncipes e governantes de Estados independentes por toda a parte do mundo se encontram em um estado de natureza”.²⁰

Ferrajoli identifica nesta distinção uma incongruência entre as limitações defendidas em matéria de soberania estatal no âmbito interno e a amplitude que o mesmo conceito passava a ter, quando em voga a análise da soberania externa:

É assim que a sociedade internacional dos Estados vem a configurar-se – mais na teoria do que na prática – como uma sociedade selvagem em estado de natureza; aliás, como o paradigma moderno do estado de natureza. Com a diferença, em relação ao estado de natureza originário, de que essa nova sociedade selvagem não é mais composta por homens naturais de carne e osso, mas exclusivamente pelos “homens artificiais” construídos por eles. A ambiguidade dos sujeitos soberanos – as *republicae* e as *comunitates* de Vitoria e Suarez, as *civitates* e as *gentes* de Gentili e de Grotius, todas independentes, mas também sujeitas ao direito – dissolve-se em sentido absolutista, deixando no cenário internacional unicamente os novos Leviatãs: as máquinas e lobos artificiais em estado de guerra virtual e permanente, livres de todo vínculo legal, subtraídos ao controle de seus criadores, para cuja paz e tutela tinham sido inventados e, aliás, em revolta contra aqueles e capazes de destruí-los.²¹

A tendência de “absolutização” da soberania externa dos Estados capitaneada por pensadores do século XVII, combinada com o discurso de legitimação das conquistas coloniais do século XVI, que se mantiveram vivas diante da compreensão de que os povos descobertos seriam selvagens e bárbaros que ainda não teriam conseguido chegar à maturidade do Estado, são elementos propícios à justificação de práticas de colonização e exploração dos territórios descobertos.

E enquanto a soberania externa caminhava rumo à “absolutização”, em virtude do entendimento de que a sociedade internacional estaria em estado de natureza, a compreensão da soberania no plano interno dos Estados vinha sendo objeto de progressiva limitação com as declarações de direitos dos indivíduos frente ao Estado. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), resultantes de duas Revoluções (a americana e a francesa), implicaram o enfraquecimento do absolutismo e a transformação da relação entre governante e governados, resultando em uma progressiva restrição dos poderes do primeiro e uma conseqüente expansão de direitos destes últimos.

²⁰ LOCKE, John. *Os pensadores*: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2ª edição. São Paulo: Abril cultural, 1978, 39.

²¹FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA
TEORIA JURÍDICA

A partir daí que os direitos fundamentais passaram a incorporar-se à regulação da sociedade como autolimitação da soberania interna do Estado, na forma de *status* posteriormente concebida por Jellinek²² (1981), a relativizar fortemente a concepção de um poder soberano dentro de um determinado território.

Ferrajoli²³ chega a afirmar que o desenvolvimento histórico do estado de direito, com a submissão de todos os poderes à lei, “equivale ao fim da soberania como *potestas legibus soluta* (poder livre de obediência às leis) e *superiorem non recognoscens*”. Pondera que se a institucionalização de um estado de direito enfraqueceu a ideia de poder soberano, o advento das Constituições resultou na completa dissolução do conceito de soberania:

Um resíduo de absolutismo permanece, na construção do Estado liberal realizada no século XIX, justamente no princípio juspositivista do primado da lei, correspondente ao princípio jacobino da onipotência do legislador e, portanto, do parlamento como órgão da soberania popular. Mas até mesmo esse resíduo esvanece com a invenção, no decorrer do século XX, da rigidez das constituições como normas superiores às leis ordinárias [...]^{24 25}.

Demonstrada a consolidação dos limites da soberania interna ao longo do tempo, é preciso enfatizar que a soberania externa trilhou caminhos diametralmente opostos. Ferrajoli²⁶ aponta que a soberania externa, no mesmo caminho histórico, liberta-se de “todo e qualquer vínculo jusnaturalista remanescente, de cunho tanto teológico quanto racionalista”, alcançando formas desenfreadas e ilimitadas entre meados do século XIX e meados do século XX.

Enquanto a tendência interna dos Estados era de limitação dos poderes do soberano e de sujeição à lei, em suas relações externas a propensão dirigia-se a uma sociedade internacional de regulação efêmera e sujeita à vontade e ao poder de cada governante individual. O efeito deste fenômeno é notoriamente conhecido: conflitos e conquistas coloniais e, posteriormente, duas guerras mundiais.

²²JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

²³FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22, p. 32.

²⁴O autor italiano reconhece que as Constituições continuam trazendo em seus corpos expressões que sinalizam a existência de “soberania popular” e “soberania nacional”, o que não passaria, porém, de “uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos” (op. cit., p. 33).

²⁵FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 32.

²⁶Op. cit., p. 34.

3 A REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA EXTERNA

A ampliação demasiada da soberania externa dos Estados, vigente desde os Tratados de Westfália do século XVII, que justificou a teorização de um “estado de natureza” no plano internacional, levou a humanidade a experimentar os horrores de guerras mundiais potencialmente capazes de eliminar a espécie humana. Como resposta, a sociedade internacional procurou regular os direitos e deveres dos Estados por meio de documentos de origem supraestatal, como a Carta da ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), veiculando compromissos normativos de interação estatal internacional pautada nos imperativos da paz e da tutela dos direitos humanos.

Em vista deste sistema universalmente disciplinado, o maior expoente do juspositivismo desenvolveu uma teoria monista sobre a relação entre o direito internacional e o direito estatal, defendendo o primado do primeiro sobre o segundo, nos termos que seguem:

Se o fundamento de vigência das ordens jurídicas estaduais se encontra numa norma da ordem jurídica internacional, esta é concebida como uma ordem jurídica superior àquelas e, portanto, como a ordem mais elevada de todas, como a ordem soberana. Se os Estados – o que quer dizer: as ordens jurídicas estaduais – são, apesar disso, designados como ‘soberanos’, esta ‘soberania’ dos Estados apenas pode significar que as ordens jurídicas estaduais só estão subordinadas à ordem jurídica internacional ou, expresso em terminologia usual, que os Estados são comunidades jurídico-internacionalmente imediatas.²⁷

Em outra obra de sua autoria, o jurista austríaco propôs a readequação semântica do próprio conceito de soberania, o qual, com as limitações que viria a sofrer, perderia seu caráter absoluto:

Qual sentido, conforme se emprega na Declaração das Quatro Potências, de uma palavra tão polissêmica quanto ‘soberania’? [...]. A soberania dos Estados, como sujeitos de direito internacional, é a autoridade jurídica dos Estados sob autoridade do direito internacional. Se soberania significa autoridade ‘suprema’, a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente uma autoridade suprema relativa; a autoridade jurídica do Estado é ‘suprema’ na medida em que ele não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado. O Estado é ‘soberano’ porque está sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência jurídica do Estado em relação aos outros Estados. Esse é o significado habitual atribuído à palavra ‘soberania’ pelos autores de direito internacional.²⁸

²⁷KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 241-242.

²⁸KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 32-33.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

A evolução do pensamento de Kelsen parte da compreensão de que o desenvolvimento do direito internacional ocorre através de uma “progressiva debilitação e de uma gradual limitação da soberania de cada um dos Estados”²⁹ do que resulta a desconstrução do conceito de soberania tal como originalmente concebido.

De fato, a própria ideia de soberania como poder ilimitado perde lugar quando a sociedade internacional regula a relação entre Estados e impõe a eles limitações que lhe impedem de atuar ao único e exclusivo sabor de seus governantes. É mais uma vez em Ferrajoli a extração mais enfática sobre o fenômeno de desconstrução deste conceito secular no mundo contemporâneo, ao entendimento de que soberania e estado de direito são institutos incompatíveis entre si:

Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si.³⁰

Nesse contexto, a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal de 1948 surgem como instrumentos de transformação da ordem jurídica internacional, apeando por completo a ideia de soberania externa como liberdade absoluta e incondicionada, na medida em que a subordina juridicamente a duas normas fundamentais, a saber: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. É com base nesse condicionamento jurídico das relações internacionais que Ferrajoli³¹ aponta estes dois documentos como representantes da passagem da ordem jurídica mundial, levando-a “do estado de natureza ao estado civil”.

As normas constitutivas da juridicidade do novo ordenamento internacional impõem o veto à guerra e suprimem o *ius ad bellum* que, desde o século XVI, seria o principal atributo da soberania externa; por outro lado, elevam ao patamar internacional o condicionamento da legitimação da ação estatal ao respeito aos direitos humanos (antes restritas às declarações de direitos dos Estados). Seria, então, o fim do modelo de Westfália, que se firmara três séculos antes, e a pactuação do que se poderia denominar de contrato social internacional.

²⁹KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 135.

³⁰FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44.

³¹ Op. cit., p. 40.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

De todo modo, a completude da implantação de um modelo de limitação da soberania externa dos Estados demandaria ainda um último elemento de legitimação: a autolimitação pelo próprio Estado, tal como ocorreu com a soberania interna a partir do século XVII. Este último passo representaria a consagração, pelo próprio ente estatal, do primado de bens jurídicos internacionais e, por conseguinte, o fortalecimento da ordem jurídica internacional.

Foi exatamente o fenômeno observado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como bem destaca Piovesan:

Em face desse cenário, percebe-se que a Carta de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais. [...] a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. [...]

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.³²

Até o século XVIII era praticamente impossível que um cidadão pudesse, no plano estatal interno, opor-se ao seu governante, justamente porque o poder por este exercido era considerado soberano, prevalecendo a premissa de que o rei não erra (*the king cannot do wrong*); este quadro somente se alterou com as Declarações de Direitos do século XVIII e a consolidação do constitucionalismo, momentos a partir dos quais o indivíduo foi galgado à condição de sujeito de direitos em suas relações com o Estado.

Apesar disso, não é exagero afirmar que o mesmo cidadão em questão somente passou a ser sujeito de direitos no plano internacional dois séculos depois (em meados do século XX), quando adquiriu o direito de insurgir-se contra seu governante no plano internacional, caso não encontrasse guarida a sua pretensão de reparação contra a violação de direitos no plano estatal interno. Esta constatação apenas reforça a conclusão de que a soberania estatal

³²PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª edição, rev., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39-41.

interna e a externa trilharam caminhos distintos e, muitas vezes, diametralmente opostos, antes de alcançar um ponto extremo que justificou a reformulação de um conceito jurídico.

4 SOBERANIA EXTERNA E O MUNDO GLOBALIZADO

Para Häberle³³, os motivos do fenômeno da cooperação interestatal no plano internacional são complexos, mas seria possível identificar dois fatores em primeiro plano, a saber: as razões sociológico-econômicas e os pressupostos ideais-morais. O primeiro fator estaria ligado à necessidade de viabilizar o trânsito e a geração de riquezas em escala mundial, inegavelmente um dos principais motores das ações políticas estatais; o segundo relacionar-se-ia à promoção dos direitos humanos, em especial visando a evitar as experiências pretéritas de grave violação destes direitos.

Na visão do autor, a instituição da cooperação internacional entre Estados ou, em suas palavras, o nascimento de um “Estado Constitucional Cooperativo”, acaba por vincular os rumos das políticas traçadas por este mesmo Estado não apenas internacionalmente, mas também no âmbito interno, gerando reflexos sobre atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Significa reconhecer uma interligação entre os limites e compromissos assumidos no plano externo com a própria condução das ações internas dos Estados soberanos.

Essa interligação é identificada com precisão por Sousa Santos³⁴, o qual, em uma abordagem que leva em consideração a dimensão jurídica da globalização mundial e tem como marco temporal o fim da segunda metade do século XX, trabalha sob uma premissa de reformulação do conceito de soberania estatal para constatar o fenômeno da “transnacionalização” da regulação jurídica do Estado-Nação. A “transnacionalização” verificar-se-ia quando influências internacionais, formais ou informais, exercidas por Estados, agências internacionais ou outros atores do cenário internacional globalizado, pudessem determinar mudanças no direito interno de um determinado Estado soberano.

Ambos os autores atuam com base em realidades contemporâneas e levam em conta a atual estrutura normativa global para identificar um fenômeno semelhante àquele já previsto por Kelsen, qual seja: o de que desenvolvimento do direito internacional ocorre por intermédio de uma progressiva debilitação e de uma gradual limitação da soberania de cada

³³HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.

³⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidade Nacional da Colômbia – Instituto de Serviços Legais Alternativos, 1998.

A SOBERANIA EXTERNA ENQUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA JURÍDICA

um dos Estados³⁵. Atualmente, atores não-estatais ganham destaque na enunciação, por exemplo, de políticas econômicas, ambientais e de segurança pública, as quais, por razões distintas, acabam por influenciar fortemente o direcionamento das ações dos Estados soberanos, em patente demonstração da transmutação da sociedade internacional no mundo globalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da soberania externa dos Estados no contexto do mundo contemporâneo, globalizado e amplamente interligado, pode levar o pesquisador a acreditar que o atual estado da arte é fruto de um sistema de valores que desde sempre esteve presente no relacionamento entre os participantes do cenário internacional.

O que se buscou demonstrar é que o conceito em questão sofreu sensíveis alterações desde suas primeiras concepções, como poder relativamente limitado pelo direito natural, tendo experimentado uma tendência ilimitada e absoluta no curso dessa evolução, até atingir um ponto de inflexão que justificou uma regulação internacional mais ampla e restritiva.

Acompanhando o curso desta evolução também foram analisados os marcos doutrinários, históricos e normativos que contribuíram para a construção do conceito de soberania interna (relação do Estado com as pessoas que vivem em seu território). O propósito foi demonstrar, comparativamente, os caminhos distintos trilhados por ambas as definições no decorrer de seu desenvolvimento teórico, até o ponto de interseção das teorias, já em meados do século XX.

Ao final, como forma de estimular a reflexão sobre a evolução teórica antes descrita, demonstrou-se a existência de teorias jurídicas contemporâneas que pretendem definir com precisão o atual momento da regulação da comunidade internacional e o modo como esta regulação vem produzindo efeitos nas relações internas dos Estados soberanos.

REFERÊNCIAS

BODIN, Jean. *I sei libri dello Stato*. [S.l.: S.n.]. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵ KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A SOBERANIA EXTERNA EN QUANTO FENÔMENO MUTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA
TEORIA JURÍDICA

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A paz pelo direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

LOCKE, John. *Os pensadores: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano*. 2ª edição. São Paulo: Abril cultural, 1978.

_____. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Trad. italiana de A. Carrino, Milão: Giuffrè, 1989. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ª edição ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª edição, rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini. 2ª edição. Bauru, SP: EDIPRO, 2015.

SEPÚLVEDA, Ginés. *Apologia pro libro de iustis belli causis*. Madri: [S.n], 1870. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidade Nacional da Colômbia – Instituto de Serviços Legais Alternativos, 1998.

VITORIA, Francisco de. *De potestate civili*, [S.l.: S.n], 1528. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *De indisrecenter inventis relectio pior*, [S.l.: S.n.], 1539. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.