

MONISMO DO DIREITO PÚBLICO

GERSON DE BRITO MELLO BOSON

A expressão «monismo jurídico» sugere duas problemáticas distintas: de um lado, o confronto entre o Direito positivo e o Direito natural, e de outro o confronto entre o Direito interno e o Direito Internacional. Ambas exigem indagações filosóficas de fundamentação. Diferenciam-se, porém, ademais pelo fato de a primeira abordar questões relativas à validade das regras jurídicas, de tal sorte que, *in essentia*, uma ordem exclui a outra, ao passo que o monismo do Direito público implica a validade de ambas as ordens, apenas uma delas devendo ter a primazia.

Na verdade, o jusnaturalismo sustenta a validade intrínseca da regra de Direito. Trata-se de uma validade imanente à regra, que a torna obrigatória por evidência, feita abstração da coação externa, enquanto que esta tem sido considerada um elemento imprescindível, essencial, do Direito positivo. Como diz Kelsen: as normas do Direito positivo valem não porque procedem, como as do Direito natural, da natureza, de Deus ou da razão, isto é, de um princípio de absoluta bondade, de um valor supremo absoluto, mas porque são produzidas de uma certa maneira, legisladas por um certo homem (1).

Não temos aqui o propósito de examinar a problemática do Direito positivo em face do *jus naturale*. Nosso desígnio é apenas o de estudar, e rapidamente, o monismo do Direito público, para cujo problema se desvia a nossa atenção, levada, entre outros, por um fato de observação manifesta: a penetração do Direito Internacional nos textos positivos internos. Ou a consideração inversa: a absorção, pelo Direito internacional, de matérias do Direito interno. Ainda agora é a declaração dos direitos e garantias individuais, — que para DUGUIT constitui a lei suprema de toda ordem jurídica (2), — que sobe ao plano da proteção internacional com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, o projeto de um *Pacto dos Direitos do Homem* e o *Protocolo de Petições Individuais*, em estudos. Não quer isto dizer que a ordem interna esteja ficando desfalcada no poder de regulamentar assuntos que tradicionalmente lhe pertencem, mas

(1) *La Idea del Derecho Natural*, P. 19. Editorial Losadas, B. Aires, 1946.

(2) Cfr. *Traité de Droit Constitutionnel*, 5.ª edição, III, p. 64, de Bocard, Paris, 1933.

sim que tais direitos e garantias tocam também aos interesses da paz, pelo que, além de figurarem na pauta interna, aparecem na regulamentação internacional.

A elaboração do tema possui, pois, sentido retilíneo: a regra jurídica internacional tem validade nacional e municipal, sem que a recíproca possa ser verdadeira. Assim, o município e o Estado poderão ter suas regras especiais, de interesse regional, mas a regra internacional prima sobre todas, como a regra nacional sobre a municipal.

Tira-se daí uma conclusão assaz importante: quando o Direito internacional chama à sua proteção determinados interesses, compele os povos inadvertidos a se conformarem aos seus princípios operando-se deste modo uma planificação jurídica, por penetração na ordem interna dos diversos países de contacto. Trata-se de um fenómeno de viva actualidade, mas que antes do pacto da Sociedade das Nações só empiricamente vinha sendo observado, isto é, não havia construção positiva em torno do mesmo. O voluntarismo à outrance, predominante, dificultava a sua manifestação técnica.

É antiga a máxima inglesa: *International law is a part of the law of the land*, no sentido de que a ordem jurídica interna rende-se às exigências internacionais gerais. Mas foi a Liga das Nações que veio de positivar a questão, estatutando no art. 20 do Pacto:

"Les membres de la société reconnaissent chacun en ce qui le concerne, que le présent Pacte abroge toutes obligations ou ententes inter se incompatibles avec ses termes et s'engagent solennellement a ne pas contracter à l'avenir de semblables. Si, avant son entrée dans la société, un membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du Pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations".

Em consequência deste postulado e de outros atos internacionais posteriores, diversas constituições, de países europeus principalmente, passaram a expressar o reconhecimento da unidade do Direito público, ainda que não se pronunciassem sobre a supremacia do Direito internacional. Assim a Constituição de WEIMAR, a Constituição austríaca, a egípcia (art. 143) e a espanhola (3).

(3) A Constituição de Weimar estatui: "As regras do Direito das gentes, geralmente reconhecidas, formam obrigatoriamente parte integrante do Direito do Império Alemão (art. 4.º). A austríaca diz semelhantemente: — "As regras do Direito das gentes, geralmente reconhecidas, se consideram parte integrante do Direito Federal (art. 9)". A constituição da Estónia: — "As regras do Direito internacional, universalmente reconhecidas, são aplicadas na Estónia como formando parte integrante do Direito estoniano (§ 4)". E a Constituição espanhola de 1931, que no dizer de MIRKINE GZÉTZEVITCH representa uma síntese de todas as novas tendências constitucionais, estatui no seu art. 7: — "O Estado espanhol respeitará as regras universais do Direito internacional, incorporando-as ao seu Direito positivo".

Por outro lado, o Tratado de Versailles e seus anexos levaram a maioria dos povos eslavos, a România, Turquia e Grécia a se submeterem ao ditado internacional de normas constitucionais, fenómeno que se repetiria com os países derrotados na última guerra. Realmente estabelece a constituição italiana de janeiro de 1948 que "o Direito italiano se conforma às regras do Direito internacional geralmente reconhecidas (art. 10). Isto após ter o tratado de paz com os aliados estipulado que a nação italiana assumia o compromisso de não admitir no seu território a reconstituição de organizações fascistas (art. 17).

Outrossim, diversas constituições alemãs, da federação de Bonn obedecem aos mesmos princípios. Assim a Constituição da Baviera, de 1946: "As regras do Direito internacional geralmente reconhecidas são consideradas como parte do Direito interno (art. 88)". A Constituição de Hesse, da mesma data: "As regras do Direito internacional são partes integrantes do Direito interno, sem que neste seja necessário transformá-las expressamente (art. 67)". E as constituições de WUTEMBERG e BADEN, do mesmo ano: — "As regras do Direito internacional geralmente reconhecidas são partes integrante do Direito interno, e são obrigatórias para o Estado e para o cidadão (art. 46)". Enquanto que a própria Carta fundamental da federação estabelece que "*as regras gerais do Direito internacional fazem parte integrante do Direito Federal, primam sobre as leis e fazem nascer diretamente direitos e obrigações para os habitantes do território federal* (art. 25).

No Preâmbulo da Constituição francesa do após-guerra lê-se que "*la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du Droit international*". E pondo termo à velha querela de fundo dualista, estatui a Constituição:

"Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même ou ils seraient contraires à des lois internes françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaire pour assurer leur ratification (art. 26).

E mais:

Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure a celles des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées, ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière notifiée par voie diplomatique... (art. 28).

De tal maneira se tem acentuado, a partir de 1918, o movimento internacionalizador de disposições jurídicas das Cartas fundamentais dos países, principalmente dos que fazem parte do bloco da cultura ocidental, que somos levados a concordar com MIRKINE-

GUÉTZEVITCH quando vê um *Direito constitucional internacional*, ainda que não sistematizado, como a mais segura garantia jurídica da paz (4). Na verdade, parece processar-se, globalmente, a democratização do mundo, para remate de um *Estado de Direito* universal.

II

Sustentara LE FUR que o princípio da primazia do Direito internacional (5) é hoje universalmente reconhecido, pela doutrina e pelos textos positivos internacionais. Todavia, discordamos, em parte, da opinião do mestre francês. É certo que a maioria dos grandes internacionalistas o afirma, ainda quando levados por premissas diferentes. Mas há valiosas discrepâncias. O problema das relações entre Direito internacional e Direito interno ainda é debatido com calor. Na verdade, em torno do assunto há três teorias distintas, cada uma delas defendida por brilhantes corifeus (6). Desprezadas as nuances, podem ser assim classificadas:

- 1) nacionalismo constitucional,
- 2) paralelismo;
- 3) internacionalismo (7).

O nacionalismo constitucional doutrinário tem suas bases filosóficas no sistema de HEGEL, em que se justifica a soberania absoluta, incontrolável, do Estado (8). É a negação mesma do Direito internacional, de sorte que sua aceitação liquidaria a razão de ser do nosso problema. Adianta-se, porém, que essa teoria não corres-

(4) V. *Droit Constitutionnel International*, Paris, 1933.

(5) Cfr. *Le Developpement Historique du Droit International*, Recueil des Cours, 41, Haia, p. 560.

(6) V. Heilborn, *Les Sources du Droit International*, Recueil des Cours, Haia, n. 2.

(7) Cfr. Mirkine-Guétzevich, *Droit International et Droit Constitutionnel*, idem, n. 38, p. 312.

(8) Entre os que dão a primazia ao Direito interno, citam-se WENZEL e CHAILLEY. Estes autores sustentam que a supremacia do Direito interno é uma consequência do modo de formação das regras do Direito internacional. Os acordos de vontade dos Estados, fontes de tais regras, são, para cada um deles, o exercício de uma competência estabelecida e regulada pela sua própria e respectiva constituição. O Direito internacional deriva-se, em definitivo, da legislação interna dos Estados que vincula, legislação a que se deve, logicamente, considerar subordinado. Especialmente diz WENZEL que as pessoas jurídicas de Direito público, contratantes, pertencem a diversos sistemas. Por conseguinte, as regras de Direito internacional possuem tantos fundamentos de validade quantos sistemas jurídicos ou Estados tenham participado no seu estabelecimento. Se, portanto, a lei se apresenta como base do Direito internacional, a autoridade dêste deve necessariamente ser a mesma da lei interna sobre que se fundamenta. Em consequência, as regras de Direito internacional são válidas e obrigatórias no mesmo

ponde à realidade vigente, e só a ficção poderia sustentá-la, em armarção de conceitos apriorísticos.

Como segunda etapa surge o *paralelismo ou dualismo*, de que o mais afamado defensor é o Prof. TRIEPEL (9). Não se pode ocultar o progresso em relação à teoria precedente, por isso que se reconhece aqui a existência de uma ordem jurídica internacional ao lado de outras nacionais, com a nota de que não há primazia de qualquer delas. Seus contactos se traduzem por uma recepção recíproca, mas guardam independência, possuindo *cada uma a sua fonte jurídica própria* (10).

grau que as disposições legislativas sôbre que se baseiam. Sendo dado que a lei interna se define pela vontade do Estado, pode-se dizer também que o Direito internacional se fundamenta na vontade do Estado, é válido graças à essa vontade. É válido graças ao Estado, para o Estado e mesmo contra o Estado. É válido com a mesma autoridade que todo e qualquer outro Direito que emane do Estado. No fundo, o Direito internacional é Direito da ordem jurídica interna.

(9) V. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, Recueil des Cours, Haia, n. 1 ps. 77 e ss.

(10) Na Itália surgiu ANZILOTTI como um dos mais brilhantes corifeus da doutrina. Sustenta o mestre italiano que o Direito internacional é superior ao Estado no sentido de que constitui um limite jurídico do seu poder, mas não no sentido de que o poder do Estado seja o exercício de uma delegação do Direito internacional. Contra esta tese não só se levanta a experiência histórica, como ainda, e principalmente, a convicção dos Estados, aos quais nada repugnaría tanto quanto a idéia de exercerem um poder concedido pela ordem internacional. A norma fundamental de que emana tóda a ordem jurídica interna tem, em si mesma, a título originário e não derivado, a *vis obligandi*. Emanando de normais fundamentais autônomas, o Direito internacional e o Direito interno são, por conseguinte, ordens separadas. Seguem-se dêsse raciocínio: 1) não podem existir normas internacionais emanadas pela forma de normas internas, ou normas internas obrigatórias por força da norma fundamental da ordem internacional; 2) as normas internacionais não influem no valor obrigatório das normas internas e vice-versa; 3) não pode haver conflito, em sentido próprio, entre o Direito internacional e o Direito interno; 4) o Direito Internacional pode, porém, recorrer, ao Direito interno e êste ao Direito internacional. É que as normas internacionais procedem da vontade comum dos Estados, e só mediante essa vontade comum podem ser modificadas ou abrogadas, ao passo que as normas internas emanam da vontade de um só Estado e por esta podem ser modificadas ou abrogadas, uma vez que não estabelecem nenhuma obrigação entre Estados. Um legislador nacional pode interditar os juizes de conhecer dos litígios em que agentes diplomáticos estrangeiros sejam interessados ou determinar a prisão de indivíduos que cometam crimes de que sejam vítimas Estados estrangeiros, e pode determinar a aplicação de regras internas a Estados estrangeiros na aquisição de bens no seu território. No primeiro caso, temos normas internas bem diferentes das que se estabelecem nas convenções entre Estados, isto é, normas que certos autores chamam de "Direito estatal externo ou "Direito estatal relativo às relações com o estrangeiro". Os acordos, mediante os quais dois ou mais Estados concertam isentar de sua jurisdição respectiva os agentes diplomáticos, ou deter e entregar, reciprocamente, certos delinquentes, são outra coisa que a ordem dada a juizes para

fais fins. Aquêles obrigam em virtude da regra *pacta sunt servanda*, estas obrigam em virtude da regra que impõe obediência às disposições do legislador nacional. No segundo caso, a palavra *Estado* designa um sujeito diferente daquele designado pela mesma palavra em Direito internacional. As normas de Direito internacional só têm eficácia na ordem internacional de que emanam e as normas de Direito interno só valem na ordem jurídica nacional. Contudo, este princípio não impede a coincidência da aplicação interna de uma norma ao mesmo tempo internacional, pois é lógico presumir-se que o Estado queira se comportar de acordo com os deveres que assumiu perante outros Estados. Daí a máxima geralmente admitida de que quando duas ou mais interpretações de uma mesma regra são possíveis, deve-se preferir aquela que permita o cumprimento dos deveres internacionais do Estado. Mas se neste sentido não for possível uma interpretação correta da norma, deve esta ser aplicada tal como é, quaisquer que sejam as consequências que possam surgir nas relações internacionais. Uma ordem se defronta com a outra como um puro fato. Assim, vg., a recusa da extradição com base numa norma interna, enquanto que o tratado impõe a obrigação de extraditar, é um ato legítimo na ordem interna e ilegítimo na ordem internacional, tal como um contrato pode ser nulo na ordem jurídica brasileira e válido na italiana. Não há, pois, conflito de normas, mas apreciação diferente de um mesmo fato em ordens jurídicas diversas. Um sistema jurídico pode referir-se a outro: é o fenômeno denominado "recepção de normas", em virtude do qual a ordem interna faz suas certas regras de Direito internacional. Trata-se de um recurso banal, de que lança mão também a ordem internacional, relativamente às ordens jurídicas estatais. Os exemplos são muitos. Prefiguramos apenas dois: o normas internacionais estabelecem direitos e deveres relativos ao tratamento dos súditos dos Estados contratantes, ou ao tratamento de navios mercantes ou, ainda, à proteção de obras literárias; recorre-se aqui ao Direito interno, cuja ordem desfruta da competência material dada. Por outro lado, quando se fala de pessoas que são beneficiadas pelo privilégio de extraterritorialidade, recorre-se ao Direito internacional, para se determinar quais são essas pessoas. Nada impede a recepção de normas internacionais por parte do Direito interno, sob condição de que se entenda que a recepção: 1) transforma o *valor formal* da norma, que se faz jurídica na ordem interna; 2) transforma os destinatários das normas e, 3) transforma, mais ou menos, o conteúdo da norma, dando-lhe um valor extensivo interno. Em resumo, as ordens são distintas porque a) emanam de fontes diversas; b) destinam-se a sujeitos diferentes e c) têm validade também diversa. V. *Cours de Droit International*, Recueil Sirey, Trad. de Gilbert Gidel, I vol., Paris, 1929.

Está claro: ANZILOTTI nada mais faz que levantar uma mera construção doutrinária, obediente à concepção que, *a priori*, têm do Direito internacional. MAURICE BORQUIN, a propósito já fez um reparo irretorquível: "Il est tout aussi vain de chercher dans leur source la différence qui sépare le droit international du droit interne qu'il est vain de la chercher dans leur objet. Cette différence est ailleurs. Elle est dans le champ de validité des deux ordres juridiques. La validité d'une règle de droit est limitée dans l'espace comme elle est limitée dans le temps. Ce que nous appelons droit interne, c'est l'ordre juridique dont la validité n'excede pas le domaine de compétence d'un Etat. Je ne dis pas territoire, car ce serait inexact. La compétence de l'Etat est parfois, extraterritoriale. Mais chaque Etat possède un certain domaine de compétence qui est d'ailleurs déterminé par l'ordre juridique internationale. Les règles qui ne valent qu'à l'intérieur de ce domaine de compétence se rattachent au droit interne. Celles dont la validité en excède les limites relèvent du droit international". V. *L'Humanisation du Droit des Gens*, em *La Technique et les Principes du Droit Public*, études en l'honneur de GEORGES SCELLE, p. 36, Tomo I, Paris, 1950.

Criticando a teoria, diz MIRKINE-GUÉTZEVITCH.

“La théorie dualiste concordait parfaitement avec la réalité internationale d'avant guerre. Mais à notre époque cette théorie est en contradiction avec le droit positif, elle ne peut plus fournir une explication complète des phénomènes de la vie internationale (11)”.

Por isso que a teoria dualista não explica satisfatoriamente a pressão planificadora que o Direito Internacional vem exercendo, em termos de construção jurídica também, sobre a ordem interna dos diversos países, foi que ganhou sucesso extraordinário a linha monista do Direito público. Todavia, é necessário mais uma vez observar o fato de que o Direito internacional ainda cobre um campo de relações menos intenso que o Direito interno, isto é, suas regras são mais gerais, maciçamente, menos individualizadas, de sorte que, praticamente, pode haver instituições internas com independência em face do *jus gentium*, de onde ainda a procedência relativa do *paralelismo*. A amplitude das regras internacionais cresce de acôrdo com a intensificação da vida em comum das nações, e nesta altura dos tempos ainda inúmeros obstáculos, de fundo ideológico e político, implantam a desconfiança entre os povos impedindo uma aproximação mais estreita, de que resultaria a internacionalização de tantas outras instituições jurídicas internas.

Entretanto, a teoria monista tem, atualmente, o apoio dos mais insignes professôres do Direito internacional. KELSEN, VERDROSS, KUNZ, SCALLE, ROUSSEAUX, MIRKINE-GUÉTZEVITCH, e seus respectivos prosélitos, formam um bloco assaz difícil de combater, principalmente porque suas idéias parecem adequar-se, de mais a mais, à realidade vigente. Distinguem-se, porém, quanto aos fundamentos do monismo que defendem, no que implicam pressupostos atinentes à Filosofia do Direito, à ontologia jurídica. Quanto a isto divergem às vêzes, e profundamente.

KELSEN, baseado na lógica e teoria do conhecimento, feita abstração das categorias axiológicas e sociais, levanta uma verdadeira álgebra do Direito público, tendo por assentamento uma norma fundamental de caráter hipotético. Diz êle:

“La science du droit a pour objet non pas des phénomènes naturels, mais des règles obligatoires. Elle ne peut donc viser qu'à l'unité de la connaissance normative, qui s'exprime par l'unité et l'unicité d'un système de normes” (12).

(11) V. Recueil des Cours cit., p. 313.

(12) V. Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International, Recueil des Cours, Haia, n. 14, p. 270.

Da unidade de seu sistema resulta a repulsa ao dualismo. Realmente, o monismo é para êle indispensável, não podendo existir duas ordens jurídicas paralelas. Mas quanto à questão da supremacia, não lhe parece ser um problema jurídico pròpriamente, visto estar na dependência de concepções do mundo, individuais, morais ou políticas. Todavia, decide-se afinal pela primazia do Direito internacional, por isso que o pensamento contrário se radica no subjetivismo ético, que conduz ao nacionalismo exacerbado, ao imperialismo, à negação do Direito das gentes. Só a supremacia do Direito internacional possui verdadeiro sentido pacifista que com a eliminação da idéia de soberania — poderá levar à construção futura de um Estado de Direito universal, de uma *civitas máxima*.

Já o prof. VERDROSS, para concluir pela supremacia do Direito internacional, parte da realidade de valores absolutos, apriorísticos. Para êle, a valoração da *justiça* varia segundo os indivíduos e as épocas, mas a *justiça*, como tal, é um valor objetivo e absoluto, independente da vontade e dos sentimentos dos homens. Eis um de seus textos, a bom propósito:

“... *ce n'est pas l'homme qui crée les règles de la justice, il ne peut que les constater. Ces principes existent dans une sphère idéale, comme les vérités mathématiques qui de même sont absolument indépendantes du fait de leur connaissance par les hommes. On doit par conséquent, distinguer nettement les règles objectives de la justice idéale du sentiment subjective de la justice qui n'est qu'un moyen pour les reconnaître*”. (13).

Filia-se VERDROSS à filosofia contemporânea dos valores, de que MAX SCHELER e NICOLAU HARTMANN são os mais afamados representantes. Ao contrário do que diz KELSEN, aqui a regra fundamental do Direito não é uma hipótese, mas um axioma: o da presença objetiva da *justiça* universal, absoluta, que se opõe ao domínio do Direito interno. Disto resulta o afastamento de qualquer problema relativo à escolha entre Direito das gentes e Direito estatal, ainda mais porque, como diz KUNZ, êste último seria incapaz de garantir um sistema jurídico unitário, eis que as normas de Direito internacional não poderiam, tôdas, nêles encontrar guarida. Tropeçamos com a supremacia do *jus gentium*, não pelos caminhos de uma preferência moral, mas através da lógica jurídica e a partir da intuição do *justo* absoluto.

Para MIRKINE-GUÉTZEVITCH, porém, o princípio da unidade do Direito público resulta da unidade da consciência jurídica, ao lado da unidade empírica da evolução histórica. Afirma êle:

“*Puesto que el Derecho es una parte de la evolución histórica, puesto que el Derecho interno y el internacional son en igual grado*

(13) V. Le Fondement du Droit International, Recueil des Cours, Haia, p. 34.

expresiones de la consciencia jurídica, nada permite separar artificialmente el desarrollo de esas formas del orden jurídico interno y internacional. El Derecho público es uno. Es el reflejo de la consciencia jurídica de una época dada. El Derecho público interno y el Derecho público internacional son el producto de un mismo medio histórico" (14).

MIRKINE-GUÉTZEVITCH repele o *dualismo* porque carece este de justificações históricas e psicológicas. O homem não possui duas consciências jurídicas, lado a lado: uma do Direito interno e outra do Direito internacional. A consciência jurídica do homem é *una*. Além disso, pode-se verificar, sem muito esforço de observação, que a unidade do Direito público decorre da natureza mesma do processo histórico, também *uno* na cultura dos povos, cuja história, só para atender às necessidades didáticas, é possível de ser dividida em *interior* e *exterior*. Na verdade, não é possível separar-se o desenvolvimento do Direito internacional, do desenvolvimento das formas constitucionais dos diversos Estados. Devemos reconhecer que não existe coincidência perfeita entre os graus de desenvolvimento do Direito das gentes e do Direito interno, mas o progresso do Direito se vem traduzindo precisamente nessa tendência à unidade do Direito público, em bases *empíricas*, formais e psicológicas.

III

KELSEN, VERDROSS e MIRKINE-GUÉTZEVITCH representam, distintamente, as três correntes do pensamento hodierno em torno do problema da unidade do Direito público. Inúmeros outros grandes juristas aceitam essa unidade, mas defendendo-a segundo um dos pontos de vista indicados, ou combinando-os, de que apenas se afastam em ligeiros matizes. Na verdade, as três correntes apontadas fixam as linhas mestras de interpretações possíveis de um mesmo tema. São três figuras filosóficas da máxima importância que se revelam como fundamento de suas respectivas conclusões: *racionalismo*, *intuicionismo* e *sensualismo*. Ora são as categorias *lógicas* que predominam, de sorte que a construção jurídica obedece a um *apriorismo* formal, veículo que conduz necessariamente à supremacia do Direito das gentes (15). Ora são as categorias *axiológicas* que ascendem reveladas à intuição emocional, método que vai além do lógico, para apanhar realidades absolutas e pô-las como forças

(14) Cfr. *Modernas Tendências del Derecho Constitucional*, p. 53. Tradução de SABINO ALVAREZ GENDIN, Editorial Reus, Madrid, 1934.

(15) O sistema jurídico é uno, construído que pode ser *a priori*, com independência em face da realidade social.

informadoras ou iluminadoras da conduta humana, no sentido da perfectibilidade (16). Ora, ainda, são as categorias da experiência que se avultam, de cujo conteúdo se apossa a consciência para a construção *a posteriori* do sistema jurídico. O Direito é aqui uma técnica de vida, que vai acompanhando a realidade histórica e social dos povos interpretando-a, a ela se adequando. E é precisamente nessa realidade, e por causa dessa realidade, que se vem elaborando a unidade do Direito público, hoje irrecusável em muitos graus do desenvolvimento do Direito positivo.

Para se fazer a crítica dos três pensamentos expostos ocorre o método de que SANTO TOMAZ muito se utiliza na *Suma Teológica*: a *disputatio*, revivescência da dialética platônica. As opiniões são lançadas umas contra as demais, eliminando-se umas as outras pelo contraditório que encerram, para afinal restar o resíduo verdadeiro comum. Todavia, a natureza deste estudo não permite a execução de uma análise forçosamente extensa, e que pertence à Filosofia do Direito. Pretende-se aqui mostrar apenas que os três pensamentos indicados têm seus vícios de unilateralidade na consideração do problema, radicados em certas premissas de determinadas concepções do mundo, mas carregam também seus princípios de verdade irrefutáveis, porquanto o *racionalismo* e o *intuicionismo* estão, assim como o *empirismo*, ao serviço da vida. A metafísica é algo de que o homem não pode abrir mão, ou libertar-se, em muitos setores de suas indagações científicas.

O sistema de KELSEN possui a qualidade especial de servir a todos os regimes sociais e políticos possíveis, por ser uma armadura algébrica, formal, *apriorística*, eis que abandona a realidade exterior. Esta é que deve adequar-se às construções lógicas do pensamento jurídico. Nisto é unilateral e artificioso. Em vão se pretenderá reduzir o Direito às abstrações lógicas, a uma armadura nominalista, de noções hierarquizadas. O Direito é, materialmente, agitação, fato, luta, vida.

Todavia, o Direito não pode desprezar a Lógica, necessária à sistematização de suas regras e princípios. Enquanto um corpo de normas que quer ser obedecido, há-de se conformar à realidade social, que interpreta *racionalizando*, o que implica um *construído* lógico, cuja finalidade é garantir, segura e harmoniosamente, o prosseguimento da vida da comunidade, de acordo com suas instituições tradicionais e as necessidades novas. E isto não seria possível realizar, especialmente nos meios sociais complexos sem as

(16) Também aqui o regime é apriorístico. Trata-se, porém, de um a priori material: afirma-se a existência de realidades transcendentes ao pensamento. O Direito não é um simples conjunto de regras racionalmente operadas, indiferentes ao conteúdo valioso dos fins propostos, mas sim um conjunto de regras que demandam, antes de mais nada, a realização da justiça.

leis da lógica, que dá unidade de fundamentação à sistemática de todo o Direito. Apenas não é aceitável que daqui se parta, com exclusão dos valores e da realidade da vida, para concluir que o Direito não vai além desse conjunto de mandamentos sistematizados.

Por outro lado, na realidade jurídica de qualquer ordem, não se pode prescindir, pacificamente, do elemento axiológico *justiça*. Não que o *justo* possa ser tomado como algo imanente à essência mesma dos fenômenos jurídicos. O Direito é uma experiência social inevitável, justa ou injusta. Mas assim como o belo informa as Artes, o *útil* a Economia, o *bem* a Ética e o *sagrado* a Religião, o *justo* é o valor com que todos os demais devem ter conexão na efetividade do Direito. Se a *justiça* não se realiza nas relações humanas, restará sempre o germe da luta, açodando os ânimos em prol de sua concretização.

É sem dúvida alguma, essa angústia de retidão inerente à alma humana traduzida em princípios gerais presentes na vida social dos povos civilizados de tôdas as épocas, que tem servido de fundamento à confusão de Direito e *justiça, de ser e valer*. Mas há, evidentemente, separação entre o guia e o guiado, entre a estrela polar e o navegante, entre as relações jurídicas e os valores de *utilidade, vitais e morais*, cuja efetivação nelas se demandam, apenas com a exigência da conexão com o *justo* absoluto, de que nos fala VERDROSS.

Ademais não se pode pôr de lado as categorias históricas na elaboração das regras do Direito. O que vem do passado é um acervo de experiências, de saber acumulado à base de sofrimentos, lances heróicos e aspirações comuns. Trata-se de uma orientação inafastável, de uma herança que se espelha, indelével, no presente, e que serve de fundamento e garantia à continuidade cultural. São modos de ser da vida social, instituições que resistem, ou que se aperfeiçoam nos embates do porvir. E o Direito, materialmente considerado, é isto mesmo: a essência dessas instituições, de sorte que, na sua organização *racionalizada*, normativa, não se poderia desprezar justamente a matéria que se vai regulamentar.

Assim, a unidade do Direito público não só se fundamenta no fato inegável da realidade histórica comum aos povos de uma mesma cultura, como também no fato de não comportar a *justiça*, num mesmo seio cultural, duas interpretações distintas: uma no Direito interno e outra no Direito internacional. Ainda que de realização relativa a *justiça* é valor absoluto, presente à intuição humana, qualquer que seja a ordem jurídica das relações. Por outro lado, está claro que à construção científica do Direito, enquanto um conjunto de normas que coordenam e pacificam a convivência, faz-se indispensável uma sistematização lógica. Cada preceito

há-de justificar-se através de outro de significação mais geral. A não ser que se negue a existência de um Direito das gentes, suas normas hão-de sobrepor-se às do Direito interno, sempre que regule o mesmo assunto, porquanto se destinam aos povos diversos.

IV

A oposição mais séria à unidade do Direito público e à supremacia do *Jus gentium* decorre da soberania atribuída aos Estados. Cada corpo político internacional se julga absoluto nos seus desígnios e opõe sua ordem jurídica, maciçamente, às ordens jurídicas dos demais. Quando entram em contacto, o fazem mediante uma auto-limitação unilateral, removível a qualquer momento, por isso que ao soberano nada se pode sobrepor, sem que o descaracterize como tal.

Na verdade, o inimigo da paz é o Estado soberano.

A valer a soberania, resta a impossibilidade do Direito internacional, porque se êste existe, há-de ser, positivamente, um conjunto de normas que se sobreponham aos Estados. As relações jurídicas são interestatais, mas as leis que as regem estão, forçosamente, acima das unidades políticas internacionais.

A afirmativa de ser o Direito internacional um Direito *superestatal* acarreta, sem dúvida, outro problema, qual seja o de considerá-lo um Direito de *subordinação*. Certa corrente positivista nega-lhe êsse caráter. O Direito internacional — dizem — é um Direito de *coordenação* (Koordinationsrecht), por isso que não conhece um poder superior que dite as regras de que êsse Direito se constitui e a que se submetem os Estados, tal como observamos na ordem jurídica interna com relação aos indivíduos. Ao contrário, na esfera internacional os Estados é que são os legisladores, a cujas regras *consentem* em submeter-se, por serem normas que *coordenam* os seus atos. Assim, entre outros, REDSLOB (17), que, ademais, vê na espécie uma distinção entre *lei* e *tratado*. Todavia, êsse modo de encarar o Direito internacional encontra séria oposição da parte de notáveis publicistas, entre os quais KELSEN, para quem é um órgão unitário, embora não simples, quem estabelece as normas convencionais, ou a ordem convencional vinculativa de dois ou mais Estados. Não são órgãos distintos como ordiariamente se pensa. Mas um órgão da ordem do Direito das gentes,

(17) "Le droit des gens est un droit qui, dans un esprit de coordination, règle des rapports entre Etats. Caracteriser le droit des gens par un esprit de coordination, c'est dire qu'il ne consiste pas en impératifs. Il ne connaît pas une volonté supérieure qui s'imposerait à des volontés sujetes. Il n'est pas un droit d'autorité. Il n'est pas loi". (Traité de Droit des Gens, Recueil Sirey, p. 1, Paris 1950).

da comunidade do Direito internacional, por isso que para a instituição da ordem convencional em vigor no conjunto dos territórios dos Estados vinculados pelo tratado, nenhuma das suas constituições, que só fazem autoridade sobre a respectiva parte do território de cada Estado, não poderia autorizar para esse efeito o seu próprio órgão. *Coordenar* dois ou mais sistemas de normas é *subordiná-los* a uma terceira ordem, a uma ordem superior que lhe delimite o domínio. É pois a *subordinação* que é a relação fundamental. (18).

Ainda mais preciso é VERDROSS, ao ensinar que um contrato internacional que ultrapassa a autoridade do Direito estatal, só pode ser realizado porque a ordem internacional, sobreposta às ordens dos Estados contratantes, vincula os órgãos cooperadores destes últimos em um órgão de Direito internacional e dota este da competência de instituir regras de Direito das gentes. Embora os órgãos chamados a estatuir regras de Direito internacional sejam órgãos estatais distintos, sua autoridade ultrapassa o quadro nacional para tornar-se uma autoridade *superestatal*. A crença da opinião dominante, segundo a qual os Estados seriam os legisladores do Direito internacional e ao mesmo tempo se acham submetidos a esse Direito, só é exata no sentido de que tais regras só podem ser estatuidas por órgãos compostos de pessoas que pertençam aos Estados submetidos a tais regras. Os verdadeiros legisladores do Direito internacional não são os Estados particulares, mas os órgãos que concluem os tratados compostos de pessoas que representam esses Estados, convocados em virtude da norma fundamental internacional, por empenho dos próprios Estados. Os órgãos internacionais assim formados são os legisladores para toda a comunidade internacional, ou para uma parte desta. São legisladores do Direito internacional porque as normas estabelecidas por eles têm, com relação aos Estados, o mesmo valor objetivo que as leis nacionais em relação aos cidadãos. O Direito internacional está sobreposto aos Estados pela mesma razão que o Direito estatal está sobre os súditos de um Estado. O Direito internacional é então um Direito de *subordinação* e não de *coordenação* (19).

Fora da Escola de Viena postula-se também enérgica reação. Para demonstrá-lo, recorreremos apenas ao pensamento de BOURQUIM (20) e ao de SCILLE (21), para quem a regulamentação interna-

(18) V. Op. cit.

(19) V. Règles Générales du Droit de la Paix, Recueil des Cours, Haia, 1929.

(20) V. Règles Générales du Droit de la Paix, Idem, n. 35. "Les normes étant obligatoires pour ceux qu'elles régissent, leur sont, par définition même supérieures" diz o autor em certa passagem do seu curso.

(21) Précis de Droit des Gens. vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1932. "Le droit coutumier ne saurait donc être considéré à aucun degré comme une convention

cional originada de um tratado-lei é única, global, e não plural, opera na coletividade internacional visada, e não separadamente em cada um dos Estados. O tratado entre os governos das coletividades A e B, opera na ordem jurídica de uma sociedade AB, e não nas ordens jurídicas das sociedades A + B.

A melhor razão está, evidentemente, com os autores citados. Não se pode representar uma regra de Direito internacional que não seja um poder acima dos Estados aos quais se aplica. É necessário, porém, distinguir as regras tomadas em si mesmas, dos seus propósitos e conseqüências da sua aplicação. No primeiro termo, o Direito internacional é Direito de *subordinação*, como qualquer Direito; no segundo, é Direito de *coordenação*, também como qualquer Direito. A *ordem* é um valor jurídico. Não se compreende um sistema de Direito que não tenha por finalidade a realização da *ordem* conectada a outros valores (22).

Decerto que a soberania não só tem o mais franco desmentido da realidade histórica e social dos povos modernos, como também se contrapõe à *justiça* e às categorias lógicas do pensamento jurídico. Tornou-se, por isso mesmo, um conceito que vem sofrendo a mais forte repulsa da parte dos internacionalistas mais ilustres, e que só encontra agasalho nas tramas da política, para justificar golpes de força ou inadimplementos contratuais.

Já PASQUALE FIORE assinalara que só se pode reconhecer aos Estados uma *independência limitada* pelas exigências da sociedade internacional, situação que A. PILLET veio de caracterizar como uma *interdependência* das nações. Escrevia, em 1898, o Professor da Universidade de Paris:

“L’indépendance de l’Etat n’existe pas, telle est la conséquence fatale de l’existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l’interdépendance (23)”.

tacite, ainsi qu’on l’enseigne encore quelquefois. Il est au contraire l’expression type du droit objectif et s’impose, avec ou sans leur assentiment, à tous les sujets de droit de la communauté internationale y compris les gouvernants, même s’ils n’ont point participé à la formation de la coutume” p. 51. — “Si l’Etat peut violer le Droit, c’est que le Droit lui est supérieur” p. 67.

(22) Os órgãos internacionais se distinguem dos órgãos legislativos internos, ademais em virtude de sua ocasionalidade tradicional. Vale dizer: enquanto que os órgãos legislativos do Direito estatal exercem, geralmente, uma função permanente, na órbita internacional êsses órgãos têm sido ocasionais, reunindo-se somente quando convocados sob pressão de necessidades específicas. Contudo, é de se notar que a tendência ao lado da formação de uma comunidade de Direito internacional democrática, correlata do Estado de Direito interno, é criar-se um órgão legislativo internacional de caráter permanente.

(23) Cfr. *Revue Générale du Droit International Public*, 1898/99, p. 77 e 86.

KRABBE, por sua vez, sustenta que o Estado existe para a realização dos fins da comunidade, fixados pelo Direito. Mas por isso mesmo que só pode o Estado realizá-los para uma parte determinada da humanidade, tem, em face da totalidade desta, um valor relativo. Um valor absoluto só pode ser atribuído ao fim da comunidade de todos os homens. E é precisamente isto que decide em que medida os fins comuns devem ser realizados por um Estado, para certa parte da humanidade. Por conseguinte, a personalidade do Estado têm suas raízes no Direito internacional, sobre o qual repousa tôda a sua competência (24).

Por outro lado, DUGUIT e os solidaristas, entre os quais GEORGES SCELLE, negam a existência de coletividades soberanas, por constituir a soberania uma noção inconciliável com o Direito internacional. Trata-se de um conceito que deve ser rejeitado. Um poder soberano só poderia ser atribuído a uma *civitas maxima*, que constituiria uma sociedade internacional universal, provida de organização completa (25).

Do exposto acêrea do pensamento dêsses autores deduz-se a eliminação da soberania ou, pelo menos, uma transformação profunda no conteúdo significativo da palavra, que já não traduzirá o sentido originário e tradicional. Na verdade, KELSEN, — assim como os solidaristas franceses, — se pronuncia por uma radical eliminação da idéia de soberania que, segundo o seu entender, só tem acarretado obstáculos ao desenvolvimento do Direito internacional e à evolução da comunidade das nações, rumo a uma *civitas máxima*. Diz êle:

“De même que la théorie subjectiviste du contract social a été vaincue en même temps que l'idée de la souveraineté de l'individu, et que la validité objective de l'ordre étatique a été ainsi mise hors de doute, de même en éliminant le dogme de la souveraineté de l'Etat, on établira qu'il existe un ordre juridique universel, indépendant de toute reconnaissance et supérieur aux Etats, une civitas maxima” (26).

Para VERDROSS a soberania nada mais é que a competência particular de cada Estado à base do Direito internacional, sendo que a própria comunidade internacional não dispõe de poder arbitrário, pois está sujeita às regras da humanidade e da justiça. Eis como se expressa o mestre:

(24) V. A. Mandelstam *La Protection Internationale des Droits de l'Homme*, Recueil des Cours, Haia, n. 38.

(25) Cfr. G. SCELLE, *Règles Générales du Droit de la Paix*, Recueil des Cours, Haia, 1933, IV, p. 371.

(26) Recueil des Cours, n. 14. cit., p. 326.

“La communauté internationale comme instance dans la pyramide des autorités temporelles est, il est vrai, juridiquement illimitée, mais néanmoins soumise aux règles de l’humanité et de la justice (27)”.

MIRKINE-GUETZEVITCH coloca a questão em termos de racionalização do poder, que se vem operando através da democratização crescente do mundo. Assim, a limitação da soberania, que no século passado não ia além do voto teórico dos publicistas, vem ganhando terreno e se afirmando na evolução histórica dos povos ocidentais.

“La limitation de la souveraineté, qui n’était qu’un voeu platonique de quelques théoriciens de la fin du XIXe. siècle, est devenue de nos jours, jusqu’à un certain point, une réalité; la solidarité internationale, la législation internationale, ne sont plus des conceptions appartenant uniquement au domaine de la logique ou à la théorie de la connaissance. L’histoire de l’Europe contemporaine et l’évolution politique du monde nous le prouvent, et nous en sommes les témoins (28)”.

A soberania vem repelida também, e enérgicamente, pelo Prof. LE FUR, que a responsabiliza pelo uso da força nas relações entre Estados e sustenta que ainda agora a luta pela criação de um Direito internacional se resume numa luta contra a idéia de soberania incontável. E conclui:

“La souveraineté, c’est le droit pour un Etat de n’être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit et conformément au but qu’il est appelé à réaliser”. (29) *“Il n’y a pas plus de souveraineté absolue pour l’Etat que de liberté absolue pour l’individu. Tous deux seront engrenés dans un système de relations qui implique une interdépendance fatale, et l’évolution, en ce qui concerne la communauté internationale, est de plus en plus dans le sens d’une extension de cette loi de solidarité”* (30).

Não menos veemente é POLITIS no combate à noção de soberania. Na verdade, não admite êle nem mesmo uma soberania limitada, de vez que, por definição, o conceito implica uma noção de algo

(27) Idem, 1928, cit., p. 69.

(28) Idem, n. 38, cit., p. 318.

(29) Cfr. Recueil des Cours, cit., p. 550.

(30) Cfr. Revue Générale de Droit Public, t. III, 1921, p. 593/4.

absorvente e excludente de tãda e qualquer restrição. A soberania deve ser reservada ao Direito, à comunidade internacional (31).

Nem outro é o pensamento de MANDELSTAM, de modo ainda mais radical:

... la souveraineté de l'Etat est inexistente tant dans le domaine international que dans le domaine interne. La souveraineté n'est qu'une compétence déléguée par la Communauté internationale dans l'intérêt général de l'humanité... Ainsi, il existe non seulement un droit international, mais aussi un droit supernational ou humain, et la liberté de l'Etat est circonscrite tant par l'un que par l'autre" (32).

V

A soberania é um conceito de elaboração metafísica, que vem sofrendo *deslocamentos* de atribuição, pela necessidade de adequar-se a realidade social e jurídica dos povos, em cada momento da cultura. Em perspectiva histórica, não é difícil vê-lo nos páramos celestiais, no Papado, no Império, para em seguida encarnar-se nos reis, de onde passou à realidade da nação, sem omitir-se a variante estatal propugnada por HEGEL. Hoje, sustenta-se, — como se viu, — ser um conceito aplicável sòmente à comunidade internacional, ou a uma *civitas maxima*.

Muita razão têm POLITIS ao afirmar que, por definição, a soberania exclui tãda e qualquer limitação. Na verdade, a relativização do conceito só pode ser compreendida quanto às entidades a que é atribuído, por isso que o seu conteúdo significativo permanece absoluto. Dêle não se pode suprimir o sentido de poder supremo, total. A absoluteidade lhe é inerente: sua falta o aniquila. Seria necessário criar outro termo para substituí-lo, porque é indispensável enquanto limite metafísico, base para as referências últimas às fundamentações da vida jurídica organizada.

Têm-se procurado dar-lhe significações diversas. Todavia, o que na realidade se diversificam são as entidades que se lhe põem como titular. E nisto é importante convir, pois até que se lhe deixe a integridade do sentido, não terão fim as discussões a respeito. É inaceitável, portanto, o pensamento de DUGUIT quando sustenta que a noção de soberania é um "produto histórico" (33). Produto histórico, sim, é o fenômeno da sua imputação, o fenômeno

(31) V. Le problème des Limitations de la Souveraineté. Recueil des Cours, Haia, 1925, I.

(32) Cfr. Recueil des Cours, cit., p. 192.

(33) Cfr. Les Transformations du Droit Public, Paris, 1913, p. 11.

do seu *deslocamento* atributivo, de um para outro titular. E só quanto a isto cabe discutir: a quem, num determinado momento jurídico da cultura, deve o mesmo ser atribuído.

Abstração feita dos povos antigos, verifica-se no Ocidente que o conceito tem resistido a tôdas as investidas. Todavia, do momento em que se consente na existência de determinada entidade soberana, passa-se a outro instante em que a soberania é imputável a um novo ente, constituindo êsse movimento uma elaboração histórica, em que se vem manifestando crescente humanização e racionalização do Poder.

Como se sabe, o Cristianismo exerceu extraordinária influência no desenvolvimento da nossa civilização, e o seu princípio de soberania vem traduzido nas palavras de SÃO PAULO: *omnis potestas a Deo*. Deus é a entidade a quem se imputa o Poder, que humana e relativamente se exerce debaixo de suas vistas. A doutrina é, em tese, compatível com tôdas as formas de govêrno e mata tôda e qualquer apreciação jurídica no campo exclusiva da atuação dos homens. Na verdade, as discussões em tôrno do princípio teriam que ser metajurídicas, porquanto, ordinariamente, deveriam ser dirigidas às provas da existência de Deus, sua Personalidade e seus atributos. Isto nos leva a pô-la de lado, para o fim de fazer-se possível uma análise da evolução *atributiva* da soberania no domínio exclusivamente terreno.

Houve, sem dúvida, um momento em que, no Ocidente, a soberania era só imputável ao Papa, como chefe único da Igreja de CRISTO. O Papado era a suzerania máxima, em que se confundiam as raízes de todos os poderes. Mas a coroação de CARLOS MAGNO, por mãos de LEÃO III, veio de apartar o poder temporal, do poder espiritual, passando-se desde então a se considerar o Imperador como cabeça temporal da cristandade, o protetor do Papa, e êste o chefe único do poder espiritual. Com a morte de CARLOS MAGNO esfacelou-se o seu império, mas não a idéia da soberania temporal, oposta agora à Igreja e às pretensões de diversos príncipes. A luta se reflete no campo doutrinário, de que são exemplos as idéias monistas de S. BOAVENTURA (todo o poder é do Papa) e as idéias dualistas de DANTE, reivindicando a união da Europa sob um só trono, para fazer frente ao Islam. GREGÓRIO VII, INOCENCIO III, BONIFACIO VIII, entre outros, tentariam restabelecer a fusão dos poderes, mas só conseguiriam êxitos fugazes. Na verdade, o monismo papal estava morto, suplantado pela soberania do Império que embora idealidade, brilhava como o verdadeiro Poder terreno. Contra isto é que se travaria a luta sem trégua dos príncipes, até o fim do regime feudal quando, definitivamente livres do poder espiritual unitário da Igreja, desfeito pela Reforma, puderam dar por terra também com as pretensões da unidade imperial.

Com a Renascença surgem na Europa figuras estatais destacadas e completas. Desvanecida a idéia do Império, a soberania parece sofrer uma fragmentação, imputável que passa a ser a diversos monarcas. Realmente, os vassallos que se opunham à unidade nacional de comando tinham sido submetidos, em movimento crescente a partir das Cruzadas. Mas a verdade é que já não se pode aqui falar em soberania, no sentido em que vimos empregando o conceito, isto é, no sentido originário e tradicional. E desde então começa o combate doutrinário, para solução do problema da sua imputação, por isso que já não se encontra uma entidade superior a quem atribuí-la. De certo, quando os revolucionários franceses proclamam que *a soberania pertence à nação*, a solução indicada só tem sentido interno, onde os fundamentos de um poder localizado, exercido, numa certa região, move-se do rei para a massa do povo (34). Do ponto de vista internacional, a questão continua de pé. Ainda é necessário encontrar uma entidade a quem, legitimamente, se possa atribuir o Poder supremo.

Para se admitir a soberania interna como tendo validade internacional, é preciso confessar a coerência e a razão do pensamento de HEGEL. Só se pode compreender como Estado soberano aquêle que, realmente, esteja por cima dos demais, pleno, absoluto. Nesta hipótese há-de se confundir com o próprio Direito, isto é, o seu Direito, a que todos devem submeter-se, ou a isto serão constrangidos, quando não ignorados. Se aceita obrigações convencionais para com outros, fá-lo por autolimitação removível a seu talante. Na verdade, qualquer constrangimento a que se submeta, roubar-lhe-á o caráter de soberano.

Não é necessário chamar a atenção para o desajustamento à realidade da doutrina alemã, radicada em tais locuções filosóficas. Evidentemente, ela paira no ar. Um fato deve, porém, ser mais uma vez repetido: com a derrocada do Império, já não se aponta nenhuma entidade que possa reivindicar a soberania, nenhuma há que possa satisfazer os atributos exigidos pelo conceito. É que surge uma sociedade *interestatal*, com base na igualdade jurídica dos Estados, princípio reconhecido a partir dos tratados de Westfália, e argumento decisivo. Nem se conclui diferentemente de outro grande princípio do Direito internacional: o princípio do *self-government* pelo qual se reconhece a um povo o direito de determinar o seu próprio destino político, respeitadas as

(34) Na verdade, a soberania tornou-se um conceito exclusivo legitimamente exclusivo, da técnica jurídica constitucional. É no Direito público interno que o conceito encontra boa guarida, quando imputado ao povo, nas ordens jurídicas democráticas, ou quando imputado ao Estado, nas ordens jurídicas facistas ou bolchevistas, qualquer que seja a variante.

limitações internacionais. Na realidade, o que atualmente se observa, e com muita clareza, é que a todo Estado é reconhecida, pelos demais, certa capacidade de decisão, de escolha e de reclamação, a que correspondem responsabilidades por atos lesivos a direitos de outrem. E isto não é soberania, mas autonomia internacional, vale dizer, independência.

A soberania é pois um conceito que só deve ser aplicado, internacionalmente, ao Direito, estrutura da sociedade dos povos (35).

(35) Desacreditada a soberania como *criterium* internacional do Estado, e com ela a doutrina tradicional alemã da *Kompetenzkompetenz*, isto é, a doutrina relativa ao poder que tem uma coletividade estatal de determinar a extensão da sua própria competência, organizar as suas atribuições e regulamentar-lhes o exercício, necessário se fez a indicação de outras características. Propôs a Escola de Viena o critério da imediatidade (*Völkerrechtsunmittelbarkeit*), isto é, a dependência imediata das competências de um órgão em relação ao Direito internacional. A qualificação de Estado seria reservada à coletividade que dependesse diretamente e sem intermediário do Direito internacional e que mantivesse relações diretas e imediatas com outras coletividades da mesma ordem. Acontece, porém, não ser também satisfatório o critério proposto, de vez que outras pessoas se beneficiam da imediatidade: os serviços públicos internacionais, as uniões e confederações de Estados, e mesmo os indivíduos.

Tampouco satisfará o critério do exercício das competências máximas de Direito internacional: *jus legationis*, *jus tractum* e *jus belli*, por isso que — entre outras observações — o fenômeno associativo da confederação poderá exercer tais competências, sem que se possa confundi-lo com o Estado.

As dificuldades doutrinárias em dar ao Estado características inconfundíveis são naturais à espécie do problema. Todas as ciências jogam com elementos indefiníveis, pela posição simples, intuitiva, que assumem no seu desenvolvimento racional. O *criterium* do Estado constitui um desses elementos. Nem vale a pena tentar demonstrá-lo quando é certo que se nos oferece por experiência irreprimível, à luz de uma intuição tão clara quando as que mais. Não se pode deixar de reconhecer a existência de um Estado ali onde uma coletividade permanente, de posse de um território, se ache associada sob um governo comum, no exercício de um poder de decisão definitiva, originário do Direito Internacional.