

A Soberania Incontornável

Francisco Rezek*

Nos anos seguintes ao desfecho da Segunda Grande Guerra e à ressurreição do foro político internacional, agora sob o nome de Organização das Nações Unidas, alguns mercadores de ilusões, tão idealistas quanto ingênuos, anunciaram o fim iminente da soberania, o ocaso do Estado-nação, a supranacionalidade do novo Direito das Gentes, o declínio da autoridade suprema das constituições nacionais e a consagração da Carta de São Francisco como lei fundamental da raça humana – predestinada a garantir, para todo o sempre, a paz e a segurança coletivas.

Abstraíam, esses profetas, o fato de que o final da conflagração armada marcara o início da Guerra Fria e, com esta, a largada de uma corrida armamentista a princípio excludente dos vencidos, mas de grandeza inédita entre os vitoriosos. Davam pouca atenção ao fato de que tantas nações, antes e depois da guerra, se haviam congregado sem que tivessem querido em verdade fazê-lo, sob nomes forjados com rara extravagância – como República Federal Socialista da Iugoslávia e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas... Por último, fingiam esquecer as circunstâncias em que foi negociada e promulgada a Carta das Nações Unidas, e nesta um esquema de poder, um sistema de tomada de decisões que, no seu colegiado executivo, o Conselho de Segurança, mostra-nos até hoje, com brutalidade crescente, os seus vícios de origem, as suas deformações congênicas.

Pelo final do século, já desfeitos os sonhos, desmoronaram as uniões forçadas do passado recente, e viram-se restauradas as identidades nacionais. O Estado-nação deixava o fosso em que fora lançado pela violência ou pela fraude, e emergia, mais que nunca, soberano.

Mas o que significa, afinal, a soberania? Vale a pena um esforço de recapitulação, a começar pela lembrança dos elementos constitutivos do Estado.

Soberania como conceito. O fato de encontrar-se sobre certo *território* bem delimitado uma *população* estável e sujeita à autoridade de um *governo* não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito internacional. Afinal, esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas várias, em províncias federadas como o Colorado

* Professor *honoris causa* da Escola Superior de Defesa, foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas.

e o Ceará, até mesmo em municípios como Sorocaba e Joanesburgo. Identificamos o Estado quando seu governo – ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições subnacionais – não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de *competências* que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são *ilimitadas*; mas nenhuma outra entidade as possui *superiores*¹

A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, § 1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3, *f*, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.

O fenômeno federativo e a unidade da soberania. Dizem-se *autônomas* as unidades agregadas sob a bandeira de todo Estado federal. Variam seus títulos oficiais – *províncias*, *estados*, *cantões* – e varia, sobretudo, o grau de sua dependência da união a que pertencem. É mais que notório que a autonomia dos estados federados na Argentina ou no Brasil não tem a dimensão daquela dos estados norte-americanos, que lhes permite, por exemplo, determinar cada qual suas próprias normas de direito penal e de processo.

Uma verdade, entretanto, é válida para todos os casos: autonomia não se confunde com soberania. Isso ficou bem assentado, quando da independência norte-americana, pelos inventores do federalismo. A propósito, a história registra o dissenso doutrinário entre Thomas Jefferson, que entendeu possível conceber um duplo grau de soberania no complexo federativo, e Alexander Hamilton, para quem os estados federados eram os componentes autônomos de uma soberania única, de uma só personalidade internacional. Inexato, às vezes

¹ Cf. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet, *Droit international public*, 9. ed., Paris, LGDJ, 2022, p. 467.

fantasioso, foi tudo quanto mais tarde se pretendeu contrapor a esse parâmetro na sua forma original. Estados federados, exatamente por admitirem sua subordinação a uma autoridade e a uma ordem jurídica centrais, não têm personalidade jurídica de direito internacional, faltando-lhes, assim, capacidade para exprimir voz e vontade próprias no concerto das nações.

Não obstante, constituições federais como a da Alemanha e a da Suíça falam, cada qual a seu modo, de um poder provincial para a negociação exterior. Entidades tão palidamente autônomas quanto estados federados *brasileiros* já trataram, em caráter formal, com pessoas jurídicas de direito público externo. Qual a explicação para tudo isso?

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, concede às unidades federadas alguma capacidade contratual voltada para o exterior (art. 32, § 3). Na Suíça, a carta de 1874 dá aos cantões a prerrogativa de celebrar acordos externos sobre “economia pública, relações de vizinhança e polícia” (art. 9). A Lei fundamental soviética de 7 de outubro de 1977 garantia às repúblicas federadas da época o “...direito de estabelecer relações com Estados estrangeiros, com eles celebrar tratados, intercambiar representantes diplomáticos e consulares, e participar da atividade das organizações internacionais” (art. 80). À vista de situações desse gênero, a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas havia projetado, para a conferência de Viena sobre o direito dos tratados, um dispositivo assim concebido:

“Estados membros de uma união federal podem possuir capacidade para concluir tratados se tal capacidade for admitida pela constituição federal, e dentro dos limites nela indicados”.

Esse texto, que seria o § 2º do art. 5º, foi derrubado na sessão de 1969, após debates que puseram à mostra certa indiferença dos Estados unitários pelo assunto. À exceção do grupo soviético, as demais federações – aí incluídas a Alemanha e a Suíça – contestaram a conveniência de que a Convenção expressisse semelhante norma. Ante a afirmação bielo-russa de que o parágrafo era “conforme com a legislação e prática” do complexo soviético, observou o delegado brasileiro que, no seu entender, era como Estados a título pleno, e não como estados-membros, que as repúblicas socialistas soviéticas da Ucrânia e da Bielo-Rússia vinham exercitando o relacionamento internacional. Em fim de contas, “...era inconcebível que um país que havia assinado a Carta das Nações Unidas, e participava de conferências internacionais em pé de igualdade com os demais Estados, pudesse ser considerado como componente de uma união federal (...) com direitos limitados. Províncias ou unidades de uma

união federal não podem ser membros de organizações internacionais ou assinar tratados”.² O que se recolhe desse comentário é uma ironia tendo por alvo a presença internacional da Ucrânia e da Bielo-Rússia na época. Aquelas duas frações do total de quinze – componentes do Estado federal soviético não tinham como se distinguir da Califórnia, da Baviera, do Maranhão ou de Corrientes. A circunstancial conveniência de se atribuir peso três à voz da União Soviética, quando da fundação das Nações Unidas, foi responsável pela trucagem consistente em abrir, na organização, espaço para a união federal e para, ao lado dela, dois (por que não cinco, ou nove?) dos seus quinze estados-membros. Depois desse episódio de 1945, e enquanto durou a URSS, não mais houve como prevenir reprises da singular situação, no quadro das organizações internacionais especializadas e nas conferências preparatórias de tratados multilaterais de grande alcance. Significativamente, porém, a Ucrânia e a Bielo-Rússia não foram partes no Pacto de Varsóvia, nem integraram, a título próprio, o COMECON.

Territórios sob administração. A independência, nos anos setenta, dos países africanos que Portugal denominara “territórios de ultramar” pôs termo, virtualmente, a quanto de expressivo até então sobrevivera do fenômeno colonial. A colônia propriamente dita – assim entendido aquele território sujeito à soberania de um Estado que lhe atribuisse, de modo aberto, essa qualificação – não esteve, na história do direito das gentes, em situação muito diversa daquela das outras espécies de territórios dependentes a que se desse título diverso. Sob mais de um ponto de vista pode-se apontar certa variedade de conduta, entre as potências coloniais, no trato de seus domínios; mas é seguro que essa variedade mais foi determinada ao sabor do tempo, das circunstâncias, ou da própria índole dos Estados colonizadores, que da nomenclatura legal classificatória dos territórios dependentes. Que esses, pois, se nomeassem *colônias*, *províncias de ultramar*, *protetorados* ou *estados vassalos*, o quadro pouca alteração sofria. Carentes de personalidade internacional e de competência para a livre negociação no plano exterior, desta não participavam, ou o faziam pela voz da potência colonial. Na melhor das hipóteses, faziam-no de voz própria, mas com o expresso e particularizado endosso da metrópole.

No último século, à sombra das duas grandes organizações internacionais de caráter político – a SDN e a ONU –, o direito das gentes veio a conhecer a figura dos territórios sujeitos à administração de certa soberania, nos termos de uma disciplina rigorosa e voltada

² *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, A/CONF. 39/11/Add. 1; Nova York, Nações Unidas, 1970, p. 6 a 17. O chefe da delegação brasileira, autor desses comentários, foi o embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva.

ao objetivo da descolonização. Entretanto, apesar de sua fundamental característica, qual fosse a predisposição ao acesso à independência, os territórios administrados sob a forma do *mandato* da Sociedade das Nações, ou sob a da *tutela*, instituída pela Carta das Nações Unidas, foram carentes de personalidade jurídica de direito internacional. Enquanto, pois, não se realizou sua independência, a soberania lhes foi estranha.

Às potências aliadas, vitoriosas na Primeira Grande Guerra, incumbia decidir sobre o destino dos territórios coloniais tomados da Alemanha e do Império Otomano. Uma redistribuição colonial parecia indecorosa. Entendeu-se prematura, por outro lado, a outorga imediata da independência. Como solução intermediária, e no contexto da fundação da SDN, foi concebido o sistema dos mandatos: certas potências receberam da organização o encargo de administrar aqueles territórios, promovendo-lhes o desenvolvimento, até quando reunissem condições de acesso à independência plena. Esta sobreveio ainda na primeira metade do século XX para os diversos territórios sob mandato, com uma única exceção: a Namíbia, originalmente chamada de Sudoeste Africano. Antiga colônia alemã, confiada, mediante mandato, à África do Sul, a Namíbia enfrentou as consequências da contradição entre o que disse a ONU – até mesmo pela voz da Corte da Haia – a seu respeito, e a resistência da república da África do Sul, que lhe impunha tratamento colonial aberto. A Namíbia tornou-se independente em 1990.

Melhorado quanto à estrutura técnica, e rebatizado como *tutela internacional*, o regime dos mandatos ressurgiria ao tempo das Nações Unidas. Neste caso, como no anterior, a organização pactuou com Estados-membros no sentido de lhes confiar a administração de territórios não autônomos, em nome da comunidade internacional. Sucede que, na rigorosa conformidade do que fora projetado, os territórios sob tutela ascenderam, um por um, à independência. O último caso remanescente foi o de Palau, uma das ilhas do Pacífico colocadas sob a tutela dos Estados Unidos, que alcançou sua independência em 1994.

O problema dos microestados. Não se nega, em princípio, que eles sejam soberanos. Todos dispõem de um território mais ou menos exíguo (Andorra: 468 km², Liechtenstein: 160 km², São Marinho: 61 km², Nauru: 21 km², Mônaco: menos que 2 km²), e de uma população sempre inferior a setenta mil pessoas. Suas instituições políticas são estáveis e seus regimes corretamente estruturados, ainda que vez por outra originais.

O regime republicano é o que se adota na antiquíssima São Marinho, encravada em território italiano, e na jovem Nauru, uma ilha da Oceania. Mônaco – sob a dinastia da casa de

Grimaldi – e o Liechtenstein – regido pela família de igual nome – são principados. Andorra é um singularíssimo coprincipado não hereditário: seus regentes – virtualmente simbólicos depois da reforma constitucional e das eleições gerais de 1993 – são o presidente da França e o bispo da diocese espanhola de Urgel.

Hipossuficiência e defesa nacional. Estados soberanos, em regra, detêm sobre seu suporte físico – territorial e humano – a exclusividade e a plenitude das competências. Isto quer dizer que o Estado exerce sem qualquer concorrência sua jurisdição territorial, e faz uso de todas as competências possíveis na órbita do direito público. Aí está o que singulariza os microestados: em razão da hipossuficiência que resulta da exiguidade de sua dimensão territorial e demográfica, partes expressivas de sua competência são confiadas a outrem, normalmente a um Estado vizinho, como a França, no caso de Mônaco, a Itália, no caso de São Marinho, a Suíça, no caso do Liechtenstein. Diversos microestados não emitem moeda: já antes da instituição do euro, o franco francês circulava em Mônaco e coexistia com a peseta espanhola em Andorra, enquanto a lira italiana tinha curso em São Marinho. O franco suíço e o dólar australiano são as moedas em curso no Liechtenstein e em Nauru, respectivamente. A mais expressiva, entretanto, das competências não exercitadas diretamente pelos microestados é a que diz respeito à *defesa nacional*. Eles costumam dispor, no máximo, de uma guarda civil com algumas dezenas de integrantes, e sua segurança externa fica confiada àquela potência com que cada uma dessas soberanias exíguas mantém laços singulares de colaboração, em geral resultantes de tratados bilaterais.

A ninguém surpreendia, em tais circunstâncias, o fato de que as demais soberanias vissem com alguma reticência a personalidade internacional dos microestados. Não se lhes discute a personalidade jurídica de direito das gentes. Contudo, alguma consequência negativa haveria de resultar não exatamente de sua exiguidade, mas do vínculo que são forçados a manter com certo Estado de maior vulto.

Admitir microestados no debate igualitário em foros internacionais significa, em certos casos, o mesmo que atribuir peso dois à voz e ao voto daquele país que divide com cada um deles o acervo de competências. Por isso, a principal restrição que durante longo tempo lhes impôs a prática internacional foi sua inaceitabilidade nas organizações internacionais, notadamente nas de caráter político. Mas nos anos recentes acabaram elas – mesmo a ONU – por acolher microestados recém-independentes como as repúblicas insulares do Pacífico e do Caribe. Não fazia sentido continuar resistindo ao ingresso de velhas microssoberanias como

Andorra, Liechtenstein, Mônaco e São Marinho. Todas foram admitidas na ONU e em outras organizações universais ao longo dos anos noventa.

Nações em luta pela soberania. No interior de qualquer Estado a ordem legal arrola com segurança as pessoas jurídicas de direito público interno; dispõe sobre a configuração da personalidade jurídica de direito privado, e rege, nos dois casos, a capacidade de agir. No direito das gentes essa precisão não existe. A soberania tem ainda hoje a paradoxal virtude de dar a cada Estado o poder de determinar, por si mesmo, se lhe parecem ou não soberanos os demais entes que, a seu redor, se arrogam a qualidade estatal. Irrecusável, por isso, é a liberdade de que todo Estado desfruta para, em sua concepção minoritária, ou mesmo solitária – e, ao ver dos demais, exótica –, negar a condição de Estado ao ente que lhe pareça destituído de personalidade jurídica de direito internacional público.

A afirmação inversa não é menos verdadeira. Não há o que impeça um Estado de reconhecer em certo governo exilado, ou autoridade insurreta, ou movimento de libertação, a legitimidade que outros Estados ali não reconhecem, e de, conseqüentemente, manter relacionamento de índole diplomática – ainda que sob denominação variante, por conveniência – com tal entidade.

Ocupado o território francês pelas tropas alemãs em 1940, instala-se em Vichy um governo colaboracionista. Do território britânico, o General Charles de Gaulle comanda, fazendo uso de emissora de rádio operante em Londres, a *França livre* ou *França combatente*. Com este governo – e não com as autoridades de Vichy – relacionaram-se, no curso da guerra, as nações aliadas.

O México – e aparentemente só o México – dialogou durante anos com um *governo republicano espanhol no exílio*, negando legitimidade ao regime franquista. Antes de instalar-se, com jurisdição territorial, a Autoridade Palestina, a Organização para a Libertação da Palestina manteve relacionamento diplomático com diversos Estados –destacadamente os que não reconheciam Israel e viam todo aquele território como pertencente à nação palestina – e relacionou-se ainda, em nível não formalmente diplomático, com inúmeros Estados que afirmavam o direito do povo palestino à autodeterminação sobre uma base territorial própria, sem excluir a realidade do Estado de Israel e seus iguais direitos. Tal foi na época a posição do Brasil.

A Santa Sé: um caso excepcional. A Santa Sé é a cúpula governativa da Igreja Católica, instalada na cidade de Roma. Não lhe faltam – embora muito peculiares – os

elementos conformadores da qualidade estatal: ali existe um *território* de cerca de quarenta e quatro hectares, uma *população* que se estima em menos de mil pessoas, e um *governo*, independente daquele do Estado italiano ou de qualquer outro. Discute-se, não obstante, sua exata natureza jurídica. O argumento da exiguidade territorial ou demográfica nada tem de decisivo; a autenticidade da independência do governo encabeçado pelo Papa, por sua vez, paira acima de toda dúvida.

Mas a negativa da condição estatal da Santa Sé parece convincente quando apoiada no argumento teleológico. Os fins para os quais se orienta a Santa Sé, enquanto governo da Igreja, não são do molde dos objetivos padronizados de todo Estado. Além disso, é importante lembrar que a Santa Sé não possui uma *dimensão pessoal*, não possui nacionais. Os integrantes de seu elemento demográfico preservam os laços patriais de origem, continuando a ser poloneses, argentinos, italianos, suíços e outros tantos. O vínculo dessas pessoas com o Estado da Cidade do Vaticano – tal é seu nome oficial, hoje alternativo – não é, pois, a *nacionalidade*; e lembra em certa medida o vínculo funcional que existe entre as organizações internacionais e seu pessoal administrativo.

De todo modo, é amplo o reconhecimento de que a Santa Sé, apesar de não se identificar com os Estados comuns, possui, por legado histórico, personalidade jurídica de direito internacional.

Até que a campanha da unidade italiana determinasse, em 20 de setembro de 1870, a tomada dos territórios pontifícios pelas tropas de Vítor Emanuel II, o Papa efetivamente acumulava duas funções distintas: a de chefe da Igreja Católica e a de soberano temporal de um Estado semelhante aos outros – e não caracterizado como exíguo, do ponto de vista territorial. O fato traumático não lhe subtraiu a liderança religiosa, mas suprimiu as bases físicas da soberania pontifícia. Nesse sentido, o governo italiano promulgou a *lei das garantias*, de 13 de maio de 1871, reconhecendo a inviolabilidade do Papa, seu estatuto jurídico equiparado ao do rei da Itália e seu direito de legação e relacionamento internacional. Garantiu-se-lhe ainda a posse – não a propriedade – das edificações do Vaticano. O firme protesto da Santa Sé daria então origem a um desentendimento somente extinto no pontificado de Pio XI, reinando Vítor Emanuel III e sendo primeiro-ministro Benito Mussolini. Ao cabo de quase três anos de negociação bilateral, os *acordos de Latrão* (uma concordata, um tratado político e uma convenção financeira) foram firmados em Roma, em 11 de fevereiro de 1929. Nesse contexto, de par com a reafirmação, ampliada, das garantias de 1871, a Santa Sé teve reconhecidas a propriedade de certos imóveis dispersos – entre esses o Castel-Gandolfo –, e

plena soberania nos quarenta e quatro hectares da colina vaticana. A essa área o tratado político de Latrão denomina *Estado da Cidade do Vaticano* (art. 26), um nome de escasso emprego na prática do direito internacional. O regime jurídico da Santa Sé, do ponto de vista do Estado italiano, não sofreria alterações posteriores a 1929: a Constituição republicana de 1947 o confirmou de modo expresso (art. 7).

No plano do direito das gentes a Santa Sé exerce seu poder contratual celebrando não apenas *concordatas* – espécie original de compromisso, cujo tema são as relações entre a Igreja Católica e o Estado –, mas outros tratados bilaterais, como o acordo político e a convenção financeira de Latrão. Mesmo Estados então socialistas – a Hungria em 15 de setembro de 1964, a Iugoslávia em 25 de junho de 1966 – deram-se à negociação bilateral com o governo pontifício. A Santa Sé marcou presença, ainda, em muitas tratativas multilaterais caracterizadas pela temática humanitária ou, em todo caso, pela despolitização. Ela é parte nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, de 1961-1963, e na Convenção de 1969, também de Viena, sobre o direito dos tratados.

Quando se entenda de afirmar, à luz do elemento teleológico e da falta de nacionais, que a Santa Sé *não é um Estado*, será preciso concluir – ante a evidência de que ela tampouco configura uma organização internacional – que ali temos um caso único de personalidade internacional anômala. A pretensa detecção de fenômeno semelhante em outras entidades – a Ordem de Malta, em especial – não tem fundamento.

A *Soberana Ordem Militar de Malta* teve origem, com o nome de Ordem de São João Batista, no hospital e albergue para peregrinos, instalado em Jerusalém, no século XI. Marcada desde o início pelo ideal humanitário, a Ordem se transferiu sucessivamente para São João d’Acre, no litoral norte da Palestina, e para as ilhas de Chipre (1291) e de Rodes (1310). Em 1530, expulsa de Rodes por Solimão II, a Ordem se instala na ilha de Malta, cedida por Carlos V, e ali permanece até que, em 1798, o então General Bonaparte, a caminho do Egito, decide tomar o território³. Muitos anos mais tarde a Ordem benemerente, guardando agora o nome da última ilha ocupada, reaparece em Roma, de certo modo à sombra da Santa Sé.

A Ordem de Malta nada tem que a assemelhe a um Estado, e a nenhum título ostenta, à análise objetiva, a personalidade jurídica de direito das gentes. Sua presença em certas

³ Expulsos os cavaleiros da Ordem, as tropas francesas são hostilizadas pela população nativa — de origem cartaginesa e fenícia — e finalmente repelidas, logo ao romper do século XIX, com a ajuda dos ingleses, que então se instalam para uma longa permanência. Malta, a ilha, torna-se uma república independente em 1964, e ingressa na União Europeia em 2004.

conferências internacionais se dá sob o estatuto de entidade observadora. A ordem não é parte em tratados multilaterais, e o Estado que porventura haja com ela pactuado, bilateralmente, terá apenas exemplificado aquele arbítrio conceitual inerente à soberania. O principal elemento gerador de equívocos, quanto ao estatuto jurídico da Ordem de Malta, consiste naquilo que Accioly qualificou como “...as pseudorrelações *diplomáticas* por ela mantidas...” com algumas nações soberanas, entre as quais o Brasil⁴.

⁴ Accioly, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, MRE, 1956-1957, vol. I, p. 108. V. também Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, trad. A. Truyol y Serra, Madri, Aguilar, 1969, p. 154-155.