

Mário Lúcio Quintão Soares

Teoria do Estado

Novos Paradigmas
em face da Globalização



4ª Edição
revista e ampliada

editora
atlas

© 2007 by Editora Atlas S.A.
As duas primeiras edições foram publicadas pela Editora Del Rey;
3. ed. 2008; 4. ed. 2011

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Negrito Produção Editorial



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Soares, Mário Lúcio Quintão

Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização / Mário Lúcio Quintão Soares.
– 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-6412-8

1. Direito constitucional 2. O Estado 3. Estado – Teoria 4. Globalização 5. Paradigmas (Ciências sociais)

I. Título

07-10292

CDU-342.2

Índices para catálogo sistemático:

- | | |
|---|-------|
| 1. Estado: Teoria: Direito constitucional | 342.2 |
| 2. Teoria do Estado: Direito constitucional | 342.2 |

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0--11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

7

A Soberania

Em um mundo marcado por tensões permanentes, no âmbito interno dos Estados e no contexto internacional, em que a globalização transforma os Estados em membros de blocos econômicos, o conceito de soberania, insculpido por Bodin, Hobbes, Rousseau e Hegel, se dilui.

O que resta dessa soberania?

A **ideia de soberania interna do Estado** deve ser entendida a partir da experiência da guerra civil: a soberania, através da centralização e monopólio da violência legítima pelo Estado, é a condição da paz interna.

A **questão crucial da soberania externa** gira em torno da superação da guerra: a soberania, mediante o respeito mútuo de todos os Estados, considerados iguais e independentes, é a condição da paz internacional (KRIBLE, 1980:81).

Entretanto, permanecem vivas em nossa memória as atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários contra a dignidade da pessoa humana no decorrer do século XX. Tais barbáries demonstram a incapacidade dos Estados democráticos, na afirmação de sua soberania interna, de inibir ideologias autoritárias e conter a violência institucional pelo mero reconhecimento e inserção dos direitos humanos em seus textos constitucionais.

Após a Segunda Guerra, mesmo com a constitucionalização de mecanismos internos de garantias aos direitos fundamentais, as violações continuaram a ser praticadas, impunemente, em conflitos étnicos e manifestações de xenofobia, que eclodem em toda parte, bem como por agentes do Estado e por particulares no Terceiro Mundo, e, de forma mais camuflada, através do inimigo invisível: o terrorismo, emoldurando o obscurantismo e a face perversa da mundialização deste limiar de século (QUINTÃO SOARES, 2000:243).

7.1 Evolução histórica do conceito de soberania

Artur Almeida (1995:83) afirma que o ciclo histórico dos grandes descobrimentos (navegações) influenciou decisivamente na formação de paradigma de teoria do poder.

Esta teoria de poder, construída ao longo da história, desde o Império Romano tornado cristão, passa pelos conflitos hegemônicos da Idade Média entre a magistratura da Igreja e do Imperador e se consolida no período da expansão mercantilista em que o Estado nacional concentra poder coercitivo, emanado de soberania absoluta.

A soberania aparece, em sua origem histórica, como concepção política, que no decorrer do processo histórico se condensou em índole jurídica.

O conceito aristotélico de “autarquia”, definida como nota característica do Estado, que o diferencia das demais comunidades humanas (*Política*, I, 1252, b), distingue-se radicalmente da concepção moderna de soberania. Ou seja, do conceito de autarquia não se deduz nenhuma consequência relativa às condições mútuas dos Estados empíricos, nem a respeito da amplitude do poder de dominação que lhe corresponde em seu interior.

Para Jellinek, a soberania apenas pode ser compreendida através das lutas históricas dos Estados para afirmar sua existência, o que não ocorria na Antiguidade.

O trabalho do jurista consiste, pois, em mostrar o momento em que o conceito de soberania torna-se qualidade essencial do poder do Estado, e, por conseguinte, são concebidos os ensaios para dar-lhe conteúdo positivo.

Bodin (JELLINEK, 1954:327 et seq.) foi o primeiro teórico a descortinar a função positiva da doutrina da soberania, sendo que a partir desta concepção a doutrina de poder soberano colocou-se em *nova posição de luta*.

No âmbito externo, o conceito clássico de soberania, por ele elaborado, como “*summa potestas*”,¹ pressupunha a inexistência de comunidade internacional ou de Direito Internacional Público que vinculasse os diversos Estados entre si. No âmbito interno, como poder absoluto e perpétuo de república ou reino, ilimitado no tocante ao poder, responsabilidade e ao tempo, exigia que o soberano não reconhecesse nenhuma autoridade superior a si mesmo, que nenhuma lei o obrigasse, salvo Deus e as leis divinas e naturais.

A nação soberana, governada por rei, pelos representantes do povo ou por uma classe, que possuía algum tipo de vínculos jurídicos com outros Estados, emergentes de tratados internacionais, não poderia ser considerada, na expressão clássica de Bodin, Estado soberano.

No entanto, o conceito absoluto de soberania já não era válido para o próprio século XVI, no qual já se revelava um Direito Internacional Público incipiente, que, ao formar rede jurídica entre os diversos Estados soberanos, gerava direitos e obrigações entre os mesmos.

¹ Poder supremo sobre os cidadãos e súditos, independentemente das leis positivas: “*summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*”.

A noc
econômica
monárquica
nas e natu
de poder t

A noc
nificada
cando a e
ensejando

Por ou
econômica
poder poli
administra
presa” me
celamento

O Esta
ditos e se p
em detrim

Na do
ta vincula-
teriori, ou

No sé
que se des
ceito de so
soluto viu-
de limitaci

Para J
gação de
o poder so
perior a si
se admitia
apesar das

Após
(1932:13)
ao assinala
os Estados
diversos p

² As armas m
³ “*Toute nation
étranger, est a*

A noção de soberania absoluta traduz-se no entrelaçamento de conteúdos econômico e político: tal conceito justifica a pretensão de imposição do Estado monárquico contra o Papado e os poderes feudais, tendo como limites leis divinas e naturais que são aceitáveis enquanto não materializáveis numa instância de poder temporal.

A noção de soberania, como fundamento do Estado moderno, personificada na figura do monarca, redundou na unificação do poder, implicando a eliminação das guerras civis ou religiosas, e, simultaneamente, ensejando o desenvolvimento de uma vida econômica.

Por outro lado, as normas de cunho religioso, que castravam as atividades econômicas, foram abandonadas. Apesar de o direito divino ainda legitimar o poder político, consoante processo de dominação tradicional, o rei começou a administrar os seus domínios, com auxílio de uma burocracia, como uma “empresa” mercantilista. O espaço econômico ampliou-se, em decorrência do esfacelamento do feudalismo, incrementando a circulação de mercadorias.

O Estado nacional precisava assegurar a tranquilidade política aos seus súditos e se proteger contra inimigos externos, através da instituição do exército em detrimento das milícias feudais² (ALBUQUERQUE MELLO, 1996:121).

Na doutrina do Direito Internacional Público, a noção de soberania absoluta vincula-se a Vatell,³ que a estrutura no século XVIII, desenvolvendo-se *a posteriori*, com grande influência de Hegel, na Alemanha (VERDROSS, 1955:10).

No século XIX, com o advento do constitucionalismo clássico, à medida que se despersonalizava a noção de Estado, verificava-se a separação do conceito de soberania da pessoa do monarca. Todavia, a doutrina do príncipe absoluto viu-se traduzida por Rousseau, em seu *Contrato social*, como ausência de limitação da vontade popular.

Para Jellinek (1954:356), a evolução histórica da soberania retratou a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder: **o poder soberano de um Estado não podia reconhecer nenhum outro superior a si, sendo, portanto, poder supremo e independente.** Também não se admitia, nos limiares do século XX, que o Estado, no contexto internacional, apesar das obrigações impostas pelo DIP, se submetesse a um poder superior.

Após a Primeira Guerra Mundial, surgem doutrinadores como Scelle (1932:13), que exercem influência sobre a consciência comunitária mundial, ao assinalar que o DIP não se fundamenta apenas nas relações oficiais entre os Estados, mas se lastreia, também, nas múltiplas relações privadas entre os diversos povos. **A soberania consiste numa noção de ordem absoluta que**

² As armas modernas não estavam mais ao alcance pecuniário dos suseranos.

³ “Toute nation que se gouverne elle même sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d’álcun étranger, est un Etat souverain.” Vide Vatell, *Le droit des gens*, I, cap. I, § 4, 1778.

implica o poder concedido a um indivíduo de fazer tudo o que quiser e consequentemente de impor sua vontade a todos os outros indivíduos.⁴

Kelsen (1990:316) demonstra, então, a ausência de fronteira absoluta entre os direitos nacional e internacional, ao afirmar a incompatibilidade da noção tradicional de soberania com a primazia do Direito internacional e o advento de ordem jurídica internacional:⁵

“Não existe nenhuma fronteira absoluta entre o direito nacional e direito internacional. Normas que possuem, quanto ao aspecto de sua criação, o caráter de direito internacional, por terem sido estabelecidas por um tratado internacional, podem ter, em relação ao seu conteúdo, o caráter de direito nacional por estabelecerem uma organização relativamente centralizada. E, vice-versa, normas que possuem, no que se refere à sua criação, o caráter de direito nacional, por terem sido decretadas por um Estado, podem, no que se refere ao seu conteúdo, possuir caráter de direito internacional, uma vez que podem constituir uma organização relativamente descentralizada.”

Kelsen justifica sua assertiva pela necessidade de superação do dogma da soberania estatal como pressuposto para dirimir a questão do pacifismo, em sua obra *Das Problem der Souveränität* – Mohr, Tubinga, 1920.

Na mesma linha de reflexão, Resta (1995:13) sustenta a tese que a divisão da humanidade em Estados é transitória. **O Estado surge como produto relativo de tempo histórico definido: a modernidade.** “*Superar el dogma de la soberanía ha de ser en este momento la ‘tarea infinita’ que una cultura jurídico-política debe realizar esforzadamente.*”

O conceito de soberania tem sido reformulado, desde a primeira guerra, de forma concreta, através de tratados internacionais.

Por intermédio destes tratados, os Estados adquirem direitos e contraem obrigações, com a instituição de organizações internacionais, tais como a SDN (Sociedade das Nações) – Tratado de Versalhes – ou ONU (Organização das Nações Unidas) – Carta das Nações Unidas –, com competências supranacionais para impor suas decisões de forma coativa, apelando inclusive para forças militares.

O conceito de soberania relativa começa a predominar na doutrina, plenamente compatível com a existência do DIP, sendo-lhe próprio vincular, espe-

⁴ “*La souveraineté est une notion d’ordre absolu qui implique le pouvoir pour un individu de faire tout ce qu’il veut et, par conséquent, d’imposer sa volonté à tous les autres individus. Or, ce pouvoir absolu n’existe pas en fait dans une société, car le pouvoir humain est toujours limité par les résistances du milieu. Mais la notion est, en outre, incompatible avec celle même de droit.*” Vide Scelle, Georges, *Précis du droit des gens*.

⁵ Para Kelsen, a *Grundnorm* dos direitos estatais não era sua constituição, mas a norma de Direito Internacional.

cialmente,
jurídica

A Carta
das Nações
cialmente
dial. Em se

“O
flagelo
digida
Iheres,
prática
e segun
de mên
a emp
e socia

Arend
do poder,
cional em
movimen
solaparan

prios
Guerra
Tratad
ções”

Entre
apátridas
sua sober
cionalida

Entre
de sober
está base
mesmo s
nifesta, n
pelo resp

O Di
procurou

⁶ O proble
tomar-se p

cialmente, os Estados independentes, constituindo com eles uma comunidade jurídica (VERDROSS, 1955:11).

A Carta das Nações Unidas, tal como ocorrera com o Pacto da Sociedade das Nações, decorre da iniciativa de um bloco de Estados coligados circunstancialmente numa aliança militar, os aliados, que venceram a última guerra mundial. Em seu preâmbulo constam os objetivos da ONU:

“Os povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra [...] e reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações grandes e pequenas [...]. Para tais fins (decidem) praticar a tolerância e viver em paz [...] e unir as nossas forças para manter a paz e segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum e a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social dos povos.”

Arendt critica esta reformulação, ao denunciar que as modernas condições do poder, exceto para os Estados gigantes, **transformaram a soberania nacional em pilhéria, e, juntamente com o advento do imperialismo e dos movimentos de unificação étnica, caracterizaram os fatores externos que solaparam a estabilidade do sistema europeu de Estados-nações.**

“Nenhum deles adviera diretamente da tradição e das instituições dos próprios Estados-nações. A sua desintegração interna só começou após a Primeira Guerra Mundial, em consequência do aparecimento das minorias criadas pelos Tratados de Paz, e do movimento crescente de refugiados, resultado das revoluções” (ARENDDT, 1978:350).

Entre as duas guerras, o Estado-nação, impossibilitado de legislar sobre os apátridas e superar suas tensões internas, soçobrou na tentativa de preservar sua soberania, degenerando-se em Estado policial, ao ater-se a questões de nacionalidade, imigração, naturalização e expulsão dos refugiados.⁶

Entretanto, a Carta das Nações Unidas preservou a essência do conceito de soberania, em seu art. 2º, § 1º, ao dispor que “a organização internacional está baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros,” e, no mesmo sentido, a Carta da Organização dos Estados Americanos assim se manifesta, no art. 5, b, que “a ordem internacional está essencialmente constituída pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”.

O Direito Internacional Público, em sua concepção colimada pós-guerra, procurou ter como objetivo básico regular juridicamente as relações entre Es-

⁶ O problema dos refugiados, desde então, deixa de ser questão de espaço ou demografia para tornar-se problema de organização política.

tados soberanos, almejando a manutenção da segurança e paz da comunidade internacional.

Esta concepção norteou a ação política e diplomática denominada “guerra fria”, envolvendo os dois blocos econômicos e ideológicos, emergentes da Segunda Guerra, que começaram a disputar a hegemonia mundial: o socialista e o capitalista.

O **bloco socialista**, capitaneado pela URSS, estabeleceu formas solidárias de comércio e cooperação internacional, ao instituir o COMECON (Conselho de Cooperação Mútua Econômica).

O **bloco capitalista**, controlado pelos Estados Unidos, que, seguindo os ditames da “Conferência de *Bretton Woods*”, construiu novo sistema de instituições internacionais, ao estabelecer regras de competitividade econômica, liberalizando e intensificando o comércio internacional.

Criou-se o **Banco Mundial**, para fomento e reconstrução das economias capitalistas; o FMI (Fundo Monetário Internacional) para monitoramento de desequilíbrios cambiais e monetários dos Estados capitalistas; e o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) para administrar o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, hoje substituído pela OMC (Organização Mundial de Comércio).

O programa de reconstrução europeia, Plano Marshall, aplicado, a partir de 1947, na Europa Ocidental, devastada pelo último conflito mundial, adotou as medidas de integração do bloco capitalista. Os Estados Unidos forneceram e monitoram as necessárias matérias-primas, produtos e capitais, viabilizando a recuperação econômica europeia.

Instituiu-se a OECE (Organização Europeia de Cooperação Econômica), através da Conferência de Paris, para coordenar as medidas de integração, visando a cooperação entre os Estados-membros desta organização, mediante a redução dos obstáculos às trocas e à multilateralização de pagamentos.

Em 1960, a OECE foi substituída pela OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), de âmbito potencialmente mundial, sediada em Paris, aberta aos Estados com determinado grau de desenvolvimento, independentemente de sua condição geográfica, tendo como objetivos:

- a necessidade de ampliar o desempenho econômico, por intermédio do crescimento da oferta de empregos;
- a melhoria do nível de vida dos povos dos Estados-membros e o impulso ao crescimento da economia mundial;
- a expansão do comércio internacional com bases multilaterais e não discriminatórias (SEITENFUS, 1997:23).

O complemento político aos esforços de cooperação econômica, no contexto europeu, ocorreu com o estabelecimento do Conselho da Europa, através do Tratado de Londres.

Na trilha da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, instituiu-se, no âmbito europeu, uma Convenção Europeia de Direitos do Homem, que se fez acompanhar de uma Comissão de Direitos Humanos, dotadas de mecanismos eficazes de proteção aos direitos humanos (QUINTÃO SOARES, 2000:190).

Por outro lado, concretizou-se a hegemonia americana na Europa Ocidental, ratificada em 1949 com a criação da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), permitindo a instalação ou permanência de bases militares americanas em pontos estratégicos da Europa.

O princípio da igualdade soberana dos Estados, tão propalado no final da Segunda Guerra, entrou em crise no período da Guerra Fria.

As organizações internacionais adotaram, progressivamente, o sistema de ponderação dos Estados, em função de critérios predefinidos, como dimensão política, demográfica e extensão territorial.

O princípio da igualdade soberana, mesmo inserido na Carta da ONU, foi contrariado pela ideia de organização aristocrática da Comunidade Internacional, propugnada pelos Estados Unidos da América. O próprio Conselho de Segurança da ONU derogou o mesmo princípio ao estabelecer o poder de veto e a condição de membro permanente deste órgão decisório para as potências vencedoras da Segunda Guerra (QUINTÃO SOARES, 2000:191).

Os Estados Unidos da América, no episódio de ocupação do Iraque, rasgaram a Carta da ONU, ao recusar-se a submeter a autorização para a invasão do território iraquiano ao Conselho de Segurança.

ARTUR DINIZ, ao analisar a desigualdade entre os Estados soberanos, geradora de tensão permanente, enfatiza que a solução dos conflitos mundiais deve residir no controle efetivo do uso da força por parte da ONU, significando a prevalência das soluções jurídicas e diplomáticas nos conflitos da complexa sociedade internacional (1995:85).

Com o advento do Direito Comunitário, peculiar ao processo de integração europeu, desenvolveu-se o conceito **de soberania compartilhada**. De acordo com esta teoria, os Estados-membros, quando buscam se integrar, delegam parcelas de suas competências estatais a um órgão supranacional, denominado comunidade ou bloco econômico.

Na soberania compartilhada, os Estados-membros não renunciam à sua soberania, tão somente passam a exercê-la, de forma compartilhada, com os demais integrantes da Comunidade naquelas matérias expressamente previstas nos tratados comunitários.⁷

⁷ Vide minha obra *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

7.2 Características sociológicas e jurídicas do conceito de soberania

Conforme demonstrado no estudo da teoria weberiana de legitimidade do poder,⁸ o Estado moderno, sociologicamente, constitui-se essencialmente em associação institucional de possuidores de determinados *imperia*, externamente delimitados e internamente limitados pelas mesmas regras que o institucionalizaram.

A coerção externa, através da utilização da força legítima e monopólica, é o elemento que distingue o ordenamento jurídico do ordenamento hierocrático, da mesma maneira que a crença em sua validade é o elemento que distingue a legitimidade do poder e sua violência legítima (WEBER, 1991:34).

A conexão entre soberania e violência, que emerge de sua dimensão histórica, revela-se a cada momento no qual a violência se torna soberana. A consciência da violência, como problema fundamental da sociedade, perpassa toda a modernidade, mas, ao mesmo tempo, fornece tranquilizadora autoconfortação de que, desincorporada a *hybris* do conjunto do sistema social e incorporada no sistema de direito e da política, torna possível a existência da ordem social.

Para Resta (1995:37), a autodescrição da sociedade, como código de violência, encontra prontamente solução e confinamento:

“dela deriva a certeza de que a soberania e o direito constituem a resposta racional, exclusiva, moderna, a única possível que possa estancar a violência de toda a sociedade. A soberania e sua lei⁹ se justificam em virtude da necessidade de interromper a violência natural dos indivíduos.¹⁰”

A evolução histórica dos Estados modernos, desde o crepúsculo da Idade Média, sempre esteve intimamente vinculada ao reconhecimento progressivo do poder soberano. A evolução histórica da soberania, por sua vez, demonstra o seu verdadeiro significado como poder supremo e independente, implicando a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder (JELLINEK, 1954:356).

Consoante Heller (1995:197), todo conceito jurídico verdadeiro é a imagem de um processo social real. Assim, a soberania apresenta-se como qualidade da independência absoluta de uma unidade de vontade em relação a qualquer outra vontade decisória universal efetiva, isto é, a unidade de vontade correspondente à soberania é uma unidade decisória universal suprema dentro da ordem do poder de que se trate.

⁸ Vide tópico 4.2.

⁹ A de um rei, de uma assembleia, de uma maioria.

¹⁰ Vide Resta, Eligio. *La certeza y la esperanza: ensaio sobre el derecho y la violencia*.

O fundamento da concepção jurídica do Estado pressupõe o seu reconhecimento como unidade, daí, como consequência necessária, deriva a doutrina da indivisibilidade do poder estatal. A soberania, como uma qualidade do Estado, é um superlativo que não pode dividir-se, mas que apenas tolera junto de si outros poderes do mesmo gênero. Nesta perspectiva, são características do poder soberano:

- a soberania é **una**, pois podem existir vários Estados soberanos, mas não se admite, no mesmo Estado, a convivência de duas ou mais soberanias;
- a soberania é **indivisível**, por isso não se admite a existência de várias partes separadas do poder soberano, aplicando-se à universalidade dos fatos ocorridos no Estado;
- a soberania é **inalienável**, pois quem a detém (povo, nação ou Estado) desaparece quando fica sem ela;
- a soberania é **imprescritível**, dado o fato que todo poder soberano aspira existir permanentemente.¹¹

Para compreensão das características do poder soberano, há de se visitar a obra de Rousseau, especificamente *Du contrat social*:

“[...] a soberania, por ser apenas o exercício da vontade geral, não pode jamais se alienar, e que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode ser transmitido, não a vontade. Assim, a soberania é inalienável por ser o exercício da vontade geral, não podendo esta se alienar e nem ser representada por quem quer que seja, sendo também indivisível, pois a vontade só é geral se houver a participação do todo. O pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros, e, este poder é aquele que, dirigido pela vontade geral, leva o nome de **soberania**. O poder soberano completamente absoluto, sagrado e inviolável não ultrapassa e nem pode transgredir os limites das convenções gerais (livro I, cap. I).

Para Hegel (1980:275), em sua obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, publicada em 1821, as características do poder do soberano englobam em si os três momentos da totalidade: **a universalidade da constituição e de suas leis, a deliberação como relação do particular com o universal e o momento da decisão final como autodeterminação**. Este absoluto autodeterminar-se constitui o princípio distintivo do poder soberano como tal, que se deve desenvolver-se preferencialmente.

A publicística alemã construiu a doutrina da soberania do Estado, como uma teoria tributária, substancialmente, do idealismo objetivo hegeliano.

¹¹ A Constituição francesa de 1791, em seu art. 1º, Título III, recepciona essa concepção na assertiva: “A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível.”

Nessa linha dogmática, o Estado existe por si mesmo, pois se revela como uma ordem moral e jurídica objetiva, que não depende nem da vontade dos homens nem do povo, isto é, o Estado é que possui o povo.

Jellinek, em seu *Allgemeine Staatslehre*, de 1900, na ótica histórico-relativista, afirma que a nota essencial de um Estado é a existência de um poder derivado dele mesmo, e em consonância com seu próprio direito, isto é, ali onde há uma comunidade com um poder originário e meios coercitivos para dominar seus membros e território, com capacidade de autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva, existe Estado.

O poder do Estado é originário e encontra a sua fonte na própria vontade estatal. O poder soberano se exerce sobre indivíduos (unidade elementar do Estado). Em relação aos outros Estados, significa independência (Jellinek, 1954:367 et seq.).

Kelsen (1990:250), em seu formalismo exacerbado, reduz o conceito de soberania à expressão de unidade de uma ordem, pois o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo.

Para Heller (1968:389), ao analisar o Estado como unidade de decisão política, **a soberania consiste na capacidade jurídica e real de decidir de maneira definitiva e eficaz em todo conflito que altere a unidade de cooperação social-territorial**, em caso necessário mesmo contra o direito positivo e, além disso, de impor a decisão a todos, não só aos membros do Estado, mas, em princípio, a todos os habitantes do território.

A doutrina francesa de soberania tem seu marco histórico nos filósofos que inspiraram a Revolução Francesa, apresentando-se como uma noção política, em que o povo possui o Estado, que se transformou, gradativamente, em noção jurídica. Tal concepção foi constitucionalizada como teoria da soberania nacional, na qual o Estado é a forma jurídica da nação.

Para Carré de Malberg, a soberania do Estado configura-se habitualmente na bifurcação do poder soberano nos âmbitos externo e interno. A soberania externa se manifesta nas relações internacionais do Estado, implicando a exclusão para o Estado soberano de toda a subordinação ou dependência no que tange aos Estados estrangeiros.

A soberania interna, verdadeira *summa potestas*, pressupõe o predomínio da vontade estatal sobre a vontade das entidades públicas ou privadas e, principalmente, dos indivíduos, enquanto membros do Estado e situados em seu território (1948:81 et seq.).

Dentre os constitucionalistas modernos franceses, destaca-se Hauriou (1923:159), segundo o qual a soberania possui valor governamental, sendo concebida como propriedade da empresa do Estado, contendo dois elementos

básicos: a
te da mes

Seu f
jurídico é
tico suce
democrac
proprieda

Baró
cias histó
do mome
te polític
submeter

Em s
constitui
reito, ou
(BURDEA

A do
dade jur
soberani
endendo
qual se e

Bisc
nia poss
rado pes
dos dota

Para
Estado
direta e
deres q

Esc
ordenar
mento,
rano sig
nament

Em
pessoa,

12 A sob
como o p
ganhar e
13 Vide l

básicos: o poder de controle e de participação no governo e o poder constituinte da mesma empresa do Estado.¹²

Seu filho, André Hauriou (1970:130), demonstra que o aludido conceito jurídico de soberania satisfaz à necessidade de superar o matiz de mito político susceptível de exaltar as multidões e proporcionar uma base passional à democracia: tal concepção jurídica de soberania consiste em admiti-la como a propriedade dos poderes do governo.¹³

Burdeau esclarece que a soberania nasce de um conjunto de circunstâncias históricas ou nacionais, vinculando a comunidade política em determinado momento de sua existência. O poder soberano, em sua noção exclusivamente política, reflete a força política preponderante e a sua qualidade de não se submeter a nenhuma ordem jurídica preestabelecida.

Em sua noção jurídica, o marco essencial da soberania é a posse do poder constituinte, implicando a detenção simultânea da supremacia da ideia do direito, como princípio orientador da vida estatal, e da escolha dos governantes (BURDEAU, 1972:28 et seq.).

A doutrina italiana clássica atrela o tema do poder soberano à personalidade jurídica do Estado. Assim, Orlando (1890:50) sustenta que a teoria da soberania consiste na afirmação da personalidade jurídica do Estado, compreendendo o Estado ao qual pertence, a consciência jurídica da comunidade na qual se erige e o governo mediante o qual se atua.

Biscaretti di Ruffia e Santi Romano asseveram que a nomenclatura soberania possui dois significados distintos conforme seja, ou não, o Estado considerado pessoa jurídica, pois a soberania adquire pleno sentido apenas nos Estados dotados de personalidade.

Para Santi Romano (1977:91), **é a ordenação jurídica que atribui ao Estado o poder soberano**, pois a característica do Estado é encontrada mais direta e completamente no caráter de tal ordenação do que num dos tantos poderes que nele encontram seu fundamento.

Esclarece Biscaretti di Ruffia que, caso se observe tão somente o aspecto de ordenamento jurídico constitucional de certo Estado, isto é, o Estado-ordenamento, sem estimar sua possível personalidade, a qualificação de poder soberano significa que é originário: único e supremo em relação aos demais ordenamentos jurídicos territoriais.

Entretanto, caso o Estado seja considerado pessoa jurídica, isto é, Estado-pessoa, **implica a qualificação de poder soberano como posição particular**

¹² A soberania abrange o poder constituinte, isto é, o direito de regulamentar o poder, assim como o proprietário conserva o poder constituinte em relação ao seu domínio e o direito de organizar e regular a sua propriedade. Vide *précis de droit constitutionnel*, 2.ed. Paris: Sirey, 1916.

¹³ Vide *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

de independência da pessoa jurídica estatal em relação às demais pessoas jurídicas que atuam em seu âmbito espacial (1965:54 et seq.).¹⁴

Mais recentemente, Groppali (1962:140) compreende a soberania como poder de mando, isto é, poder de império, aquele *minimum* de poder em apreço, conferido pela faculdade de autodeterminar-se e de impor normas jurídicas. Para o professor da Universidade de Milão, mesmo sem excluir a possibilidade de haver Estados que não sejam pessoas jurídicas, não se pode admitir que o Estado, fonte de direito por excelência, que atribui personalidade jurídica aos indivíduos e aos entes, não seja considerado uma pessoa jurídica (1962:161).

Consoante Vergottini (1993:80 et seq.), o Estado é considerado uma instituição soberana na circunstância em que o poder político que o caracteriza se apresenta como supremo, originário e exclusivo.

Na doutrina brasileira, Rui Barbosa (1952:8) enfatiza que a soberania é o direito elementar por excelência dos Estados constituídos e independentes. A soberania importa igualdade. Quer em abstrato, quer na prática, a soberania é absoluta: não admite graus.

Pontes de Miranda (1967:56) explicita que há limitações espaciais, temporais e ético-jurídicas à soberania. O Estado está condicionado ao espaço e ao tempo, não se podendo negar os direitos que provêm da ambiência jurídica tanto supraestatal, quanto a interestatal.

De acordo com Dallari (1998:79 et seq.), o conceito de soberania é semelhante ao de poder. Concebida em termos políticos, a soberania sempre expressou a plena eficácia do poder, isto é, poder incontestável de coerção e de fixar as competências. **Em termos jurídicos, soberania é poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, isto é, sobre a eficácia do direito.**

Na concepção culturalista ou política, a soberania é poder que possui uma nação para organizar-se juridicamente e fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos da convivência (REALLE, 1960:127).

Leal (1999:34), ao resgatar a concepção de Santi Romano, conclui que a soberania, como poder, emerge da ordenação jurídica positiva que regula o ente estatal.

Nessa mesma linha de argumentação, mesclada ao conceito de Heller, a **soberania, além de externar a independência e exclusividade de poder coercitivo do ente estatal, pode ser compreendida como o poder jurisdicional, assente em texto constitucional, exercido sobre os habitantes de determinado território estatal.**

¹⁴ Vide *Derecho constitucional*, Madri: Technos, 1965 (Trad. Pablo Lucas Verdú).

Diversas explicações para explicar sua impondo-se.

As teorias a origem designação dos dos governos teoria oriunda

A doutrina dos e caráter to e venerações romanos

A doutrina a ingerência gados diretos Esta doutrina combatida por ferência tem

A doutrina lastreia na católica. Tor enunciado por seria um referência de atuação

Canotillera, que com forma de se funda na co

Na primus entre o imperado

Na segunda do Estado na investida

No fim mavam par

¹⁵ Na Epístola nisi a Deo (B)

7.3 Teorias justificadoras do poder soberano

Diversas teorias demarcam a justificação do poder soberano, procurando explicar sua origem e a legitimação da soberania na pessoa de seu titular, contrapondo-se as concepções tradicionais teocráticas às racionais democráticas.

As **teorias teocráticas** remontam à Antiguidade. Têm como traço comum a **origem divina do poder**, mas se distinguem, quanto ao fundamento para designação dos governantes, consoante as seguintes doutrinas: a natureza divina dos governantes, a investidura divina dos reis e a investidura providencial ou teoria ortodoxa da Igreja.

A **doutrina da natureza divina dos governantes** fundava-se nos atributos e caráter de divindade dos titulares de poder, que deviam ser objeto de culto e veneração, podendo ser exemplificada nos faraós do Egito, nos imperadores romanos ou nos príncipes orientais.

A **doutrina da investidura divina dos reis**, essencialmente cristã, exigia a ingerência dos papas, os quais outorgavam aos monarcas a condição de delegados diretos e imediatos de Deus, isto é, agentes executores de sua vontade. Esta doutrina teve seus enunciados descritos nas memórias de Luís XIV e foi combatida pelos reformadores protestantes, que não admitiam qualquer interferência temporal da corte pontifícia (BURDEAU, 1972:117).

A **doutrina da investidura providencial** ou teoria ortodoxa da Igreja se lastreia na submissão ao bem comum, de acordo com a concepção teológica católica. Tomás de Aquino, ao elucidar o princípio do poder de direito divino, enunciado pelo apóstolo Paulo,¹⁵ demonstrou a exigência do bem comum, que seria um reflexo da autoridade divina, como substrato da forma de aquisição e de atuação do príncipe em relação ao poder (BONAVIDES, 1993:139).

Canotilho (1996:99) percebe, na Idade Média, duas tendências: a primeira, que continua a tradição romanística da *Lex Regia* e que faz apelo a uma forma de soberania popular; a outra, que justifica o princípio monárquico e se funda na concepção teocrática do direito divino.

Na **primeira tendência**, a tradição romanística, alicerçada na ideia de *pactum* entre o senhor e o povo, consiste na transferência do poder popular para o imperador.

Na **segunda tendência**, verifica-se a repercussão da Reforma na construção do Estado moderno, retratada na evolução da concepção da soberania fundada na investidura divina dos reis para a doutrina da investidura providencial.

No fim da Idade Média, como consequência da Reforma, os príncipes reclamavam para si, como um derivado de sua soberania política, o poder de impor

¹⁵ Na Epístola aos romanos, segundo São Paulo, todo poder vem de Deus – *Non est enim potestas nisi a Deo* (Rom. XIII, 1) –, sendo o rei titular ilimitado e exclusivo do poder por graça de Deus.

a seus súditos a crença religiosa; e, contra essa pretensão, lutaram tanto católicos ou protestantes, em defesa da liberdade de religião.

Nessa linha de reflexão, a ideia da soberania peculiar ao Estado moderno foi formulada programaticamente, numa época de conflito, em que a Reforma havia conquistado grande número de cidades e estamentos europeus. Os protestantes do século XVI eram numerosos e suficientemente organizados para se contrapor à imposição da uniformidade religiosa dentro do território estatal, o que implicou o desmembramento de inúmeros territórios católicos e protestantes, segundo o princípio *cuius regio-eius religio* (KRIELE, 1980:56).¹⁶

O princípio da tolerância religiosa constituiu-se no contraponto à uniformidade religiosa, tendo sido adotado pela França.¹⁷ Seus reis, diante do conflito que se instalou, denominado Guerra dos Huguenotes, vacilaram entre a tolerância e a conivência ao terror religioso, que perdurou durante 36 anos, em ambiente de ódio e de atos de crueldade, como saques, assassinatos e incêndios.

Para fundamentar a soberania do monarca, em termos teológicos, superando a tensão entre protestantes e católicos, tornou-se inevitável deslocar o povo, de toda intervenção na designação do soberano, ou então encontrar, fora de toda justificação teológica, uma base política imanente.

O primeiro caminho, ainda teológico, foi trilhado na França por Bossuet, Fénelon e Bodin; e na Inglaterra, por Salmásio e Filmer. Contudo, a maior contribuição ao conceito de soberania, em uma perspectiva laica e contratualista, foi proporcionada por Hobbes, em sua obra *De cive*, de 1642, na qual se renegou a tese de que o soberano fosse de instituição divina (HELLER, 1968:36).

Bodin, ao introduzir o princípio da soberania, para justificar o Estado absolutista, delineou as características do poder soberano como capacidade suprema de decisão normativa e elemento essencial do Estado, em sua obra *Les Six livres de la république*, de 1576:

“A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos que manipulam todos os negócios do Estado ou de uma República.¹⁸ [...] A República é o justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano” (cap. I, liv. I).¹⁹

Desde então, tal conceito de soberania configurou-se em esquema de interpretação da realidade de um novo tipo de poder da organização política estatal.

¹⁶ Solução adotada na Alemanha, após a Guerra dos Trinta Anos.

¹⁷ Mediante Éditos de tolerância: de Antoine, de 1563; de St. Germain, 1570; e de Poitiers, de 1577.

¹⁸ *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République.*

¹⁹ Traduzido do original francês.

Hobbes converteu seu *Leviathan* (1651), personificação do Estado, na dominação absoluta, irresistível, ilimitada, exercida pelo monarca, nos âmbitos secular e eclesiástico. O monarca absoluto seria *legibus absolutus*, isto é, não estaria obrigado pelo direito ou pela lei: “*Todo poder de um corpo político que não é o Estado, é criação do poder soberano e está submetido a este*” (*Leviathan*, cap. XXII).

Kriele (1980:74) questiona a doutrina da soberania absoluta, alegando que o erro mais grave dessa doutrina está na premissa de que os homens devem estar dispostos a renunciar aos seus direitos fundamentais, dentre eles, a participação política.

A operação de trasladar a subjetividade da soberania do monarca para o povo foi realizada com singular lógica por Rousseau, que em seus escritos estabeleceu substratos teóricos para dois novos conceitos de poder soberano:

- a) **soberania nacional:** concepção desenvolvida por Sieyès, ao preconizar que a capacidade suprema de dominação pertence à **nação**, enquanto pessoa moral, distinta dos indivíduos que a compõem. Este tipo de soberania, indivisível e inalienável, manifesta-se pelos representantes eleitos que atuam livremente, não se vinculando aos grupos ou indivíduos, mas a toda nação;
- b) **soberania popular:** teoria que concebe a titularidade da soberania como pertencendo a todos componentes do povo, ao atribuir a cada cidadão uma parcela do poder soberano. Tal teoria reconduz à *Du contrat social*: “*Ora, o soberano, sendo formado somente pelos particulares que o compõem*” (liv. I, cap. VII); “*suponhamos que o Estado seja composto por 10 000 cidadãos [...]. Cada membro do Estado só tem, por sua parte, a décima-milésima parte da autoridade soberana*” (liv. III, cap. I).

A doutrina da soberania nacional, pressupondo a nação enquanto complexo indivisível, titular do poder soberano, influenciou decisivamente a fase liberal do constitucionalismo, especialmente o constitucionalismo francês pós-revolucionário.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 3º, afirmava categoricamente que o princípio de toda soberania residia essencialmente na nação e que nenhuma corporação, nenhum indivíduo podia exercer autoridade que dela não emanasse expressamente. O texto constitucional francês de 1791, Título III, art. 1º, após precisar as características da soberania, reiterava que ela pertencia à nação; nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo podia atribuir-se-lhe o exercício.

A soberania popular nasceu da reflexão dos contratualistas, compreendendo a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa na escolha dos governantes.

São consequências do postulado da soberania popular: o sufrágio universal, considerado um direito de cada cidadão; e o republicanismo, como diferença da soberania nacional que se harmonizou com a monarquia e o voto censitário (VERDÚ, 1972:118).

Para Bonavides (1993:141 et seq.), a distinção básica entre as doutrinas de soberania nacional e soberania popular está relacionada aos efeitos da faculdade de participação política do eleitorado. Na primeira, tal participação é limitada, circunscrita àqueles que a nação investir na escolha de seus governantes; na outra, há a busca da universalização da participação popular, ao atribuir ao cidadão os direitos políticos que lhe cabem por ser portador ou titular de uma parcela da soberania.

Esclarece Heller que, com o advento do Estado moderno, as expressões *soberania do príncipe* e *soberania popular* não se referem ao sujeito, mas ao portador da soberania na organização estatal.

Ambos, príncipe e povo, podem ser, às vezes, detentores e, simultaneamente, órgãos do poder do Estado, e nesse caso, pode-se falar de uma soberania do órgão, que, assim, pode ter o caráter de soberania do povo e do príncipe.

A localização da soberania no povo não é uma mera ficção, mas uma realidade política. Seu significado político só se compreende quando se concebe a soberania popular como um princípio polêmico da divisão política do poder, oposto ao princípio da soberania do dominador, isto é, do chefe do Estado que concentra em si todo o poder do Estado (HELLER, 1968:292 et seq.).

Para Mortati (1962:64), a soberania popular contempla três fases:

- a) na primeira, o povo era considerado massa amorfa, fora do Estado;
- b) na segunda, consolidada pela Revolução Francesa, influenciando nas concepções liberais-burguesas, a titularidade do poder era atribuída à nação considerada como povo concebido numa ordem integrante;²⁰
- c) e na última, o titular da soberania tornou-se o Estado, pois se a soberania é um direito, seu titular só pode ser uma pessoa jurídica, o que não ocorre com a nação. Trata-se da concepção legitimista, que até hoje predomina, evoluindo em perspectiva democrática.

Canotilho (1998: 281 et seq.), em relação à evolução da soberania popular, refere-se ao princípio da soberania popular que se evidencia em suas dimensões historicamente sedimentadas:

- no domínio político, que carece de legitimação;
- na legitimação do domínio político, que só pode derivar do próprio povo;

²⁰ O voto era censitário.

- no povo, como titular do poder soberano, que resulta na legitimação democrática efetiva para o exercício do poder;
- na soberania popular, que deve ser eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes; e procedimentalmente dotada de procedimentos garantidores da operacionalidade prática do princípio da soberania popular;
- na Constituição material, formal e procedimentalmente legitimada, que fornece o plano da construção organizatória da democracia.

A concepção da soberania popular implicou, no decorrer da história do constitucionalismo, a construção do paradigma Estado de Direito, alicerçado no princípio da soberania popular.

Neste paradigma, o poder constituinte e a titularidade do poder estatal deveriam, formalmente, ser exercidos pelo povo, através de seus representantes, em eleições livres e periódicas, no exercício das liberdades públicas pertinentes.²¹

Com o advento de novo paradigma, denominado constitucionalismo social, houve a democratização do Estado constitucional com a complementação do princípio da liberdade pelo princípio da igualdade, ao assegurar as condições reais de liberdade para todos, alargando o controle democrático e impedindo a sua hipertrofia, mediante as seguintes medidas:

- a inserção constitucional da cláusula social;
- a ampliação do voto de censitário e ponderado para universal e igualitário;
- a estruturação dos direitos de colaboração política em forma de partidos políticos;
- o desenvolvimento dos programas ideológicos dos partidos políticos com propostas de políticas públicas;
- a criação de novos mecanismos de formação de opinião pública nas complexas sociedades de massas.

O conceito de soberania foi reformulado, em consonância com os novos paradigmas, ao ampliar e democratizar a concepção da liberdade mediante a emancipação da coação social e das relações de domínio (KRIELE, 1980:234).

Da liberdade de contratar peculiar à soberania de alguns sob o paradigma liberal, perpassando para a liberdade para todos no sentido da soberania da

²¹ No direito de associação, no direito de reunião, no direito de petição, na organização e no funcionamento dos partidos políticos e na formação da opinião pública.

igualdade formal sob a perspectiva social, até a busca da consecução da soberania da justiça sob o prisma do Estado democrático de direito.

A experiência constitucional demonstra, no entanto, que o grau de democracia sempre oscilou nos assimétricos Estados constitucionais, exigindo, para a concretização do Estado constitucional democrático, a construção do paradigma Estado democrático de direito, com a vinculação de todos os atos estatais e do legislador à constituição, considerada intertexto aberto a ser interpretado por todos e comprometida com um governo popular.²²

Trata-se de **governança responsável**, que enseja o direito dos cidadãos de serem interlocutores permanentes do Estado e participar de políticas sociais, econômicas e culturais de inclusão social e na reestruturação qualitativa das instituições de poder.²³

7.4 A crise ideológica e os novos horizontes da soberania

Alguns publicistas, como Duverger (1956:72), constatam, no decorrer do século XX, que as ideologias impregnam mais as relações interestatais do que o sentimento nacional de soberania, pois os indivíduos de Estados distintos atuam com mais compreensão e solidariedade, afeitos às suas idênticas convicções ideológicas, do que tangidos por motivos de ordem pátria.

Não obstante isso, as ideologias, que matizaram o século XX, acabaram se diluindo com a globalização, mas deixaram marcas inexoráveis na história. O conceito de soberania popular foi desvirtuado nas reflexões ideológicas, significando ditadura do proletariado, cesarismo plebiscitário, legislação plebiscitária ou democracia dos conselhos (*soviets*). Ou seja, todas as ditaduras modernas, de perfil ideológico de direita ou de esquerda, sempre se consideraram democracias, com fundamentações distintas entre si.

Até a Segunda Guerra, as ideologias liberais, sociais-democratas e democratas-cristãs, sob a égide da soberania popular, priorizaram na democracia capitalista as liberdades públicas, mas relegaram a igualdade ao plano formal, enquanto as marxistas-leninistas e as nacionais-socialistas, sob os pilares da soberania nacional, sonegaram as liberdades públicas, degenerando para o stalinismo e o nazi-fascismo.

²² A tendência de maior democratização do poder soberano exige a mesma intensidade de transparência, eficiência e sensibilidade dos governantes e dos legisladores, manifesta em medidas tais como: eleições periódicas, mandatos eleitorais mais curtos, eleição direta dos dirigentes das instituições sociais, mecanismos constitucionais para destituição de políticos corruptos e incompetentes, a instituição do mandato imperativo e a publicidade de todas as deliberações sobre decisões publicamente relevantes.

²³ A liberdade a ser concretizada no Estado democrático de direito está condicionada à efetivação dos direitos humanos através de sua proteção institucional por normas jurídicas, bem como à imparcialidade, independência e eficiência do Poder Judiciário.

Entretanto, a democracia capitalista só se salvou porque, para enfrentar a ameaça nazi-fascista na Segunda Guerra, houve a aliança temporária e bizarra entre o capitalismo liberal e o stalinismo.

Uma das ironias do século XX: o resultado mais duradouro do socialismo marxista soviético, cujo objetivo era a derrocada global do capitalismo, foi salvar seu antagonista, tanto na guerra quanto na paz. Forneceu-lhe o incentivo – o medo – para reformar-se após o conflito mundial e, ao estabelecer a popularidade do planejamento econômico, **ofereceu-lhe alguns procedimentos para sua reforma** (HOBSBAWN, 1995:17).

A Guerra Fria entre os Estados Unidos da América e a União Soviética, que se instalou após a Segunda Guerra, enfatizou o conflito ideológico,²⁴ ao incrementar a corrida armamentista, fazendo com que gerações inteiras fossem criadas à sombra de hipotéticas batalhas nucleares globais que, acreditava-se, poderiam estourar a qualquer momento, e devastar a humanidade.²⁵

Enquanto os Estados desenvolvidos saltavam para uma Era de Ouro entre 1947 e 1973, enfatizando sua soberania popular no *Welfare State*,²⁶ os Estados subdesenvolvidos, ainda relegando sua soberania popular ao plano formal, eram cenário de tensões sociais permanentes em face da ameaça comunista,²⁷ sujeitos a conflitos regionalizados.²⁸

Nos primórdios da década de 70, quando os Estados subdesenvolvidos, produtores de matéria-prima, pretenderam compartilhar os frutos do crescimento econômico com os Estados desenvolvidos,²⁹ o *Welfare State* começou a demonstrar suas limitações. Surgiram dificuldades, devido ao aumento dos custos das matérias-primas e salariais. Conseqüentemente, houve o incremento das pressões fiscais para atender às demandas sociais, ao onerar os custos da produção e redundar em queda da competitividade econômica e dos benefícios empresariais. A classe dominante começou a perder o controle social das classes subalternas (QUINTÃO SOARES, 1999:58).

O Estado do Bem-Estar Social passou a viver um dilema entre a superação das premissas em que se assentava, que exigira a desprivatização parcial de bens de corporações multinacionais em prol de interesses coletivos, ou de re-

²⁴ Conflito entre os Estados capitalistas, controlados pelos norte-americanos, e os socialistas burocráticos ou marxistas, sob a hegemonia soviética.

²⁵ A Guerra Fria terminou quando as duas potências antagônicas reconheceram o sinistro absurdo da corrida nuclear, em duas conferências de cúpula: de Reykjavik (1986) e Washington (1987).

²⁶ Ou Bem-Estar Social.

²⁷ As políticas de segurança nacional utilizadas por regimes autoritários eram resposta à paranoia da ameaça comunista.

²⁸ Os conflitos regionalizados, insuflados pelas grandes potências, redundaram nas guerras da Coreia e do Vietnã e nas intervenções militares tanto de norte-americanos quanto soviéticos em Estados que buscaram sair de suas respectivas zonas de influência ideológica.

²⁹ Vide acordo da OPEP

solução de sua crise em favor da classe dominante, com a adoção de políticas de reprivatização.

Milton Friedmann, um dos mentores destas políticas, aconselhava a utilização do aparelho ideológico do Estado para debilitar e disciplinar as instituições das classes trabalhadoras, desde os sindicatos até o desmonte das instituições políticas de rendas pró-salários (escala móvel, contratos de trabalho permanentes, pleno emprego).

As políticas neoliberais e mistas, colocadas em prática desde a década de 80, reduziram o *Welfare State* a mero Estado assistencial em mundo capitalista à mercê de outra recessão econômica, com desemprego em massa, depressões cíclicas severas, empobrecimento dos Estados desenvolvidos e miséria absoluta e fome nos Estados periféricos.

O fenômeno da globalização, por sua vez, a partir de 1970, instaurou o predomínio da *lex mercatoria* nas relações internacionais e a mitificação do Estado mínimo no plano interno.

A globalização econômica surgiu no atual estágio de desenvolvimento pós-moderno, contrapondo-se à soberania popular, enfatizando a solução da crise econômica do *Welfare State* em detrimento das classes subalternas, na expectativa de superar a bipolarização pós-guerra: capitalismo *versus* comunismo, principalmente após a derrocada do império soviético.

Nessa conjuntura, a geopolítica apresenta sociedades complexas, condicionadas pela economia de mercado interligando os diferentes Estados. O domínio tecnológico e dos meios de comunicação pelas multinacionais caracteriza a intervenção da nova fase do capitalismo, ao engendrar a denominada globalização política e econômica, modificando gradativamente o conceito clássico de soberania (QUINTÃO SOARES, 1999:19).

“Além das suas expressões nacionais, bem como dos sistemas e blocos articulando regiões e nações, países dominantes e dependentes, começa a ganhar perfil mais nítido o caráter global do capitalismo. Declinam os Estados-nações, tanto os dependentes como os dominantes. As próprias metrópoles declinam, em benefício de centros decisórios dispersos em empresas e conglomerados novos, movendo-se por países e continentes, ao acaso dos negócios, movimentos de mercado, exigências da reprodução ampliada do capital” (IANNI, 1992:39).³⁰

A noção de soberania, acentuadamente histórica e jurídica, que serviu para consolidar o Estado-nação, desvirtuada em reflexões ideológicas, constitui, entretanto, obstáculo a ser transposto.

Hobsbawn (1995:24) sempre demonstrou ceticismo em relação à globalização, ao afirmar que talvez a característica mais impressionante do fim do

³⁰ Vide Ianni, Octávio. *A sociedade global*.

século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta de instituições públicas e o comportamento coletivo dos seres humanos se acomodarem a ele.

Em defesa da soberania popular, como substrato do Estado democrático de direito, sustenta Kriele que, uma vez alcançado pela sociedade certo nível de consciência de direito e de liberdade, não se pode retroceder no sentido de eliminá-lo.

O Estado constitucional moderno, detentor da autêntica soberania popular, com suas instituições essenciais, como a validade da lei, limitação constitucional do poder estatal, direitos humanos, divisão de poderes e eleições democráticas, constitui-se em expressão das necessidades básicas daqueles homens que atingiram um nível cultural mínimo (KRIELE, 1980:75).

O Estado democrático de direito, como novo paradigma, se impõe historicamente cada vez mais e se estende pelo mundo, talvez como uma utopia, mas traz consigo novos procedimentos democráticos de governabilidade, de responsabilidade e de legitimação do sistema político.

Surge, ainda, no horizonte do constitucionalismo, um movimento de resistência à tirania dos mercados, proveniente do sistema de valores e princípios, consubstanciados em intertextos constitucionais abertos, com mecanismos eficazes para contrapor o discurso da razão política ao discurso da razão instrumental do processo de globalização.³¹

7.5 A soberania no constitucionalismo brasileiro

O conceito de soberania, recepcionado nos textos constitucionais brasileiros, reflete o paradigma constitucional adotado e seu respectivo matiz ideológico.

A **Constituição outorgada de 1824**³² trouxe, como alicerce do Estado unitário,³³ o conceito de **soberania nacional**. As eleições eram indiretas e o voto censitário, apesar de o Império intitular-se associação política de todos os cidadãos brasileiros.

A **Carta Magna, de 1891**, evoluiu em termos de soberania, ao inserir, como seu substrato, o **espectro de República federalista**, seguindo o paradigma liberal. Esclarece Pontes de Miranda (1967:6) que o poder soberano apenas formalmente possuía o vínculo popular, pois a Proclamação da República foi parada de força, em que a Monarquia caiu sem levar consigo os monarquistas, que, por trás das cortinas, continuaram influenciando o poder.

³¹ Os Estados democráticos de direito constituem o alicerce do processo de integração europeia.

³² Outorgada por D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, por Graça de Deus e unânime aclamação dos povos.

³³ Estado centralizado, herança do Estado patrimonial português.

A **Lei Fundamental de 1934** ampliou o conceito de **soberania popular**, ao introduzir a **cláusula social**, não obstante seu conteúdo ideológico corporativista. Dotada de normas programáticas e sem preocupar-se com os partidos políticos, não produziu a eficácia desejada em relação às tensões internas e externas.³⁴

O **golpe de 10 de novembro de 1937**, consequência da inaptação da Carta de 1934 à realidade estatal, entronizou o Estado Novo, e representou um retrocesso, ao ressuscitar o Estado unitário e o conceito de **soberania nacional**.

O **texto constitucional de 1946** proveio da vitória dos aliados contra os regimes opressores. Ao faltar clima para preservar-se a ditadura, formou-se a onda pujante, insopitável, pela reconstitucionalização do Brasil (Pontes de Miranda, 1967:5 et seq.). **Reformulou-se o conceito de soberania popular** na nova Carta Magna, sob o paradigma social-democrata, permitindo na década de 50 um crescimento econômico sem precedentes na história brasileira.

Com a crise institucional de 1964, a **Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1** impuseram a concepção de **soberania nacional acoplada ao Estado unitário**, diluindo a soberania popular e o federalismo brasileiro.

A **Constituição de 1988 procura reconstruir o conceito de soberania**, ao afirmar o paradigma Estado democrático de direito com os seus princípios:

- a) **da soberania popular:** ao considerar o povo como origem de todo seu poder, responsável pelo seu exercício, mediante representantes eleitos diretamente, caracterizando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º);
- b) **da independência nacional:** norteador de suas relações internacionais (art. 4º);
- c) **da soberania nacional:** marco ideológico de sua ordem econômica.

A leitura do discurso teórico da Teoria do Estado exige a necessária acuidade do jurista para aferir o correto grau do conceito de soberania inserido no texto constitucional, ao comprovar sua autenticidade democrática em face da realidade estatal.

A partir de 1988, a soberania popular se manifesta no regime democrático brasileiro, com eleições periódicas, sufrágio universal e voto secreto, em que são eleitos, diretamente, os representantes para os Executivos e Legislativos, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Entretanto, dada a exclusão social que atinge parte significativa da população brasileira, ainda persistem nos processos eleitorais brasileiros, maculando

³⁴ Ameaça comunista e nazi-fascista.

o sistema representativo, o abuso do poder econômico e resquícios de coronelismo,³⁵ apesar da atuação cada vez mais eficiente do Ministério Público.

Mesmo com uma legislação eleitoral complexa e muito casuística, a Justiça Eleitoral tem procurado coibir a prática de corrupção, principalmente ao informatizar o processo eleitoral.

Porém, no tocante à apuração de fraudes eleitorais e de abuso do poder econômico, demonstra-se morosa e não tem dado resposta positiva à sociedade brasileira, acentuando os mecanismos de exclusão social que conspurcam a soberania popular.

Alguns setores expressivos da mídia eletrônica têm interferido no processo democrático brasileiro, desempenhando dois papéis antagônicos:

- a) o primeiro, de inclusão social, isto é, essencial à democracia, ao fiscalizar o processo eleitoral e esclarecer o eleitorado sobre seus direitos políticos;
- b) o outro papel, típico de exclusão social, isto é, lesivo à democracia, ao manipular dados de pesquisas eleitorais e informações sobre candidatos que contestam a ideologia adotada pelo poder central.

Washington Albino (2000:346), referindo-se à exclusão social, menciona alguns dispositivos constitucionais bloqueadores, capazes de impedir a eficácia de normas constitucionais, tais como as normas programáticas que redundaram na omissão do legislador ordinário, quanto à implementação do texto constitucional de 1988, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

A exclusão social degenera a soberania popular, como se pode constatar no efeito corrosivo das Emendas Constitucionais, aprovadas sob a égide da ideologia neoliberal, e que continuaram a ser utilizadas no governo Luiz Inácio da Silva.

Além de retirar a força normativa do texto constitucional, estas malsinadas emendas desconsideram o povo como destinatário dos princípios fundamentais do Estado democrático brasileiro, elencados na Carta Magna.

E como se não bastasse, a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, lamentavelmente, feriu a soberania popular, rompendo com a tradição constitucional brasileira, ao permitir a possibilidade de reeleição para os mandatos executivos.³⁶

Alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva, mentor de algumas cláusulas da Carta de 1988, depreendem do aludido texto constitucional uma

³⁵ Nos grotões do país.

³⁶ Ocorreram denúncias de abuso do poder econômico nas eleições presidenciais e estaduais que se seguiram, bem como o escândalo dos mensaleiros no governo Luiz Inácio Lula da Silva.

ruptura da dependência da ordem econômica nacional, ainda de natureza periférica, em relação aos centros capitalistas desenvolvidos.

Nessa linha de argumentação, considera que a Constituição de 1988 criou as condições jurídicas adequadas para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que possibilita caminhar para um sistema econômico desenvolvido. Neste sistema, a burguesia local e seu aparelho estatal deveriam ter o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente de produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia (2000:766 et seq.).

No entanto, a burguesia nacional não correspondeu às expectativas do texto constitucional, submetendo-se ao capital internacional, ao permitir a revogação, pela Emenda Constitucional nº 6, do tratamento diferenciado proporcionado às empresas nacionais de pequeno porte, previsto no art. 171, que as diferenciava e as protegia em relação às empresas multinacionais.³⁷

Em um mundo globalizado, demarcado pela *lex mercatória*, só serão atores e interlocutores internacionais as nações soberanas, dotadas de independência, desenvolvimento econômico e tecnológico e maturidade política. Para que o povo brasileiro participe do processo de globalização, faz-se necessário, pois, que o Brasil seja plenamente soberano, sem submeter-se aos interesses das grandes potências.

³⁷ No processo de privatização, graças às reformas constitucionais, as multinacionais assumiram o papel a ser desempenhado pelas empresas nacionais.

8

O Território

O território, visto como unidade e diversidade, é uma questão central da história humana e de cada Estado, constituindo-se no pano de fundo do estudo de suas diversas etapas e do momento atual (SANTOS; SILVEIRA, 2001:20).

Até o século XIX, todos os pensadores que procuraram construir um conceito de Estado, de Platão a Hegel, jamais tomaram o território em consideração particular nem o elevaram a elemento constitutivo ou existencial do aparato estatal, apesar de reconhecerem a grande importância que têm os fatos geográficos para a vida estatal.

Desde o advento do Estado moderno, em que se insculpiu o conceito de soberania, o território passou a ser compreendido como parte delimitada da superfície terrestre sobre a qual um Estado exerce exclusivamente o próprio poder de império (GROPPALI, 1962:116).

Em decorrência da degeneração geral que sofreu a TGE, em fins do século XIX, desenvolveu-se a geopolítica, tendo como seu precursor RATZEL,¹ cujas formulações, juntamente com as de KJELLÉN, buscando resgatar o significado dos fatos geográficos para a compreensão do Estado, foram disseminadas durante a Primeira Guerra, recebendo a acusação de deterministas.²

Deve-se, portanto, tomar as devidas precauções contra os riscos deterministas pertinentes à geopolítica. Anote-se que a repercussão dos dados geográficos contemporâneos vê-se relativizada pelo grau de desenvolvimento econômico e tecnológico atingido pelos Estados.

O objeto da geopolítica abrange o espaço territorial permeado por uma organização política que concretize os direitos fundamentais de sua população.

Paralelamente, na concepção dogmática de território estatal, a polêmica doutrinária se instalou quando da elevação do espaço territorial à condição de elemento integrante do Estado, empreendida pela TGE.

¹ "Faz parte da natureza dos Estados o desenvolvimento em rivalidade com os vizinhos, e o objetivo da disputa consiste geralmente em ações territoriais. A aquisição de terras torna-se o alvo do desenvolvimento político e a existência de um grande Estado incita os seus vizinhos menores a minorar as diferenças através de aquisição/conquista de territórios." Seção 3. Vide RATZEL, Friedrich, *Politische Geographie*, 1903.

² Influenciariam, mais tarde, os interesses expansionistas e imperialistas da Alemanha nazista.

Contraopondo-se a essa tese, **Donati sustenta que o território deve ser considerado como condição necessária, mas exterior ao Estado**, pois não é lícito afirmar que o território seja um elemento constitutivo do Estado, pelo fato que entre um e outro ocorrem relações necessárias.

Tal assertiva equivaleria a considerar parte integrante de um indivíduo uma porção do solo porque esta lhe é útil para seu apoio. De resto, está provada, historicamente, a existência de Estados que mudam constantemente de território sem alterar sua personalidade,³ concomitantemente, com a existência de Estados privados de um território verdadeiro e autêntico⁴ (DONATI, 1924: passim).⁵

Para Duguit (1928:51), **também o território não é elemento indispensável à formação do Estado, pois, apesar de as sociedades modernas fixarem as fronteiras de seus Estados, a ação dos governos não se restringe aos seus limites territoriais**. Coube ao Direito Internacional Público, por necessidades práticas, formular as regras relativas à separação dos territórios, ao observar a extensão da ação dos diversos governos. O território é, assim, parte do globo terrestre sobre a qual certo governo pode exercer seu poder de coação, de organizar e de fazer funcionar os diferentes serviços públicos.

Entretanto, a melhor doutrina tem demonstrado que o território deve ser considerado elemento indispensável do Estado.

Consoante Biscaretti di Ruffia (1974:44), o território é o elemento que intervém, intrinsecamente, na configuração do aparato estatal,⁶ além de demonstrar-se como espaço concebido em três dimensões⁷ no qual o Estado exercita a sua atividade soberana.

Segundo Carré de Malberg (1948:22 et seq.), ao refutar as concepções de Duguit e Donati, a condição essencial de todo poder estatal é que o Estado tenha seu próprio território, pois uma comunidade nacional tão somente está apta a formar um Estado quando possui um solo, isto é, uma superfície de terra sobre a qual possa afirmar-se, simultaneamente, como dona de si mesma (impor o seu próprio poder soberano) e independente (rechaçar a intervenção de todo poder soberano alheio).

Nessa linha de raciocínio, **não existe Estado sem território**. A ordem jurídica estatal, ao atuar soberanamente em determinado espaço territorial, estabelece a delimitação do poder jurisdicional do Estado, implicando sua proteção pelo princípio da impenetrabilidade que caracteriza o monopólio estatal da ocupação do território (DALLARI, 1998:89).

³ Estados nômades.

⁴ *Pólis* ou Estado ateniense na Antiguidade, quando da ocupação dos persas. Mais recentemente, merece referência o território palestino incrustado no Estado de Israel.

⁵ Vide D. Donati, in *Stato e Territorio*, Roma, 1924.

⁶ Assemelham-se à função do corpo em relação à pessoa humana.

⁷ Terra firme, espaço aéreo (abrangendo zona ultra-atmosférica) e espaço marítimo.

De acordo com Kelsen (1980:207 et seq.), a delimitação do poder jurisdicional estatal faz-se necessária, pois torna possível a vigência de diversas ordens estatais. Em sua concepção dogmática, a unidade territorial do Estado é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural. **O território, portanto, consiste no âmbito de validade da ordem jurídica estatal.**

8.1 Características do território estatal

De acordo com Heller, a unidade do Estado possui sua própria normatividade e não se constitui unicamente da comunidade do espaço geográfico; **mas tal comunidade de espaço torna-se condição essencial da unidade estatal com duas características básicas:**

- **a delimitação ou o estabelecimento de limites ao poder territorial do Estado:** implica um tríplice significado na vida internacional: **é fator de paz, sinal de independência e elemento de segurança.** Uma zona geográfica fechada possibilita e estimula a criação e solidificação de uma entidade sociopolítica hermética na qual a vizinhança atuará unindo para dentro e diferenciando para fora;
- **a estabilidade:** seus limites não se alteram com frequência e a sua população sedentária, submetida a uma relativa semelhança de condições espaciais de ordenação e vida, pode superar disparidades sociais, econômicas e nacionais.

A peculiaridade espacial da unidade estatal nasce do fato de ter cada Estado, como cenário de seus atos, uma parte individual e concreta da ecúmena (área habitável). Traços essenciais das características dos Estados aparecem assim condicionados pela peculiaridade das fronteiras geográficas e do caráter individual do território delimitado por elas (HELLER, 1968:179).

O limite pode ser natural (estabelecido por acidentes geográficos: rios, montanhas e lagos) e artificial (fixado por meio de tratado ou arbitragem, considerando longitude, linha reta e paralelos), compreendendo-se *limite* como linha divisória que separa o território entre dois Estados e *fronteira* como região ao redor do limite.⁸

Conforme assinalado, desde a Antiguidade, os fatos geográficos adquiriram relevo na vida política dos povos, ao configurar uma espécie primitiva de fronteiras geográficas.

Os marcos dos limites territoriais eram sagrados, visto que as religiões antigas reconheciam aos seus deuses a propriedade de tais espaços físicos, os quais poderiam ser usufruídos pelos seus habitantes ou conquistadores. Os

⁸ A linha de fronteira é, pois, uma abstração.

hebreus conheceram os limites, na partilha da Palestina. No Egito, depois das conquistas, eram colocados marcos. Em Roma, os limites do Império se arrasavam pelo espaço onde as legiões exerciam sua vigilância em relação aos bárbaros (ALBUQUERQUE DE MELLO, 1982, v. II:695).

Até a Idade Média, havia o conceito de *marca*⁹ correspondente à fronteira, que tão somente cumpria uma função delimitadora de zonas de influência e de conquista, caracterizando-se por sua instabilidade e por ser povoada por colonos guerreiros.

O advento do Estado monocrático da Idade Moderna, erigido em poder soberano, exclusivo numa economia mercantilista, reclamou para si uma concepção de fronteira para delimitar seu espaço político e econômico, como linha de separação, na perspectiva de preservar seus monopólios e privilégios.¹⁰

A fronteira, como um ideal jurídico de evidência e precisão, foi criação do Estado liberal de direito, que institucionalizou o território para domesticar as interações sociais e o seu movimento social, mediante a jurisdição territorial.

Desde então, uma das causas das tensões permanentes entre Estados envolve as controvérsias pertinentes às suas fronteiras, ao interligar fatos geográficos com a vida estatal, porque nem sempre o território estatal coincide com o território geográfico ou com o território que contempla as relações econômicas, culturais e étnicas (KRIELE, 1980:126).

Quando se observam as fronteiras do Estado, a nova geopolítica revela o seu caráter político, isto é, zonas e limites artificiais e arbitrários, estabelecidos pelos homens, nascidos das relações de poder e das manifestações das vontades dos que traçam as fronteiras (HELLER, 1962:179).

8.2 Modos de aquisição de território

O Estado adquire seu espaço territorial de maneiras variadas, cuja classificação herdada do Direito Romano bifurca-se em modos originários e derivados.

Modos originários: neles, os territórios, que não possuíam donos, anteriormente à sua aquisição,¹¹ submetiam-se à jurisdição territorial do Estado adquirente, mediante ocupação ou acesso.

A ocupação exigia três elementos caracterizadores, quais sejam:

⁹ Marco ou distrito fronteiriço.

¹⁰ No século XVI, os progressos da cartografia, juntamente com os estudos da geografia e da matemática, contribuíram efetivamente para a construção da noção moderna de fronteira (BURDEAU, 1972:16).

¹¹ No processo de colonização das terras descobertas, ignoram-se os povos aborígenes que ali habitavam, alguns com grau de civilização semelhante ao europeu, como se pode constatar nas civilizações astecas, incas e maias.

- a) devia recair sobre território *res nullius* ou sobre o *res derelicta* – que não pertencesse a outro Estado;
- b) só podia ser realizada por um Estado soberano;
- c) e a posse definitiva do território devia reunir o *animus*¹² e o *corpus*¹³ do *locus* – os locais estratégicos onde o Estado possa impor a sua jurisdição territorial.

A ocupação caracteriza-se como um fato histórico, político e demonstrável, que produz efeitos jurídicos. Historicamente, a ocupação territorial compreende quatro períodos:

- **o das bulas papais:** o título da propriedade territorial, ocupada ou descoberta, era outorgado pela Santa Sé;
- **o direito de descoberta:** em face da Reforma, o Papado perdeu sua influência. Assim, o direito à terra pertencia ao Estado que a descobriu;
- **o questionamento das descobertas e o princípio da efetividade:** o descobrimento passou a ser considerado um título embrionário. No final do século XVI, França e Inglaterra começaram a questionar os efeitos jurídicos da mera descoberta de territórios, sem a sua devida ocupação, isto é, as imensas possessões portuguesas e espanholas reconhecidas pela Santa Sé. Diversas teorias passaram, então, a justificar as ocupações dos impérios colonialistas: a da contiguidade,¹⁴ a da continuidade,¹⁵ a das zonas de influência,¹⁶ a da mera distância,¹⁷ a da zona hidrográfica,¹⁸ a da zona orográfica¹⁹ e a dos limites naturais.²⁰ O princípio da efetividade da ocupação substituiu as teorias de dominação colonial, através do Ato Geral da Conferência de Berlim, em 1885, ao determinar que o Estado deveria dominar efetivamente o território ocupado. Seus destinatários seriam os seus signatários e os territórios coloniais da costa africana.

¹² Intenção de adquirir (elemento subjetivo).

¹³ A realização desta vontade através de tomada de posse material (elemento material).

¹⁴ O Estado, que ocupasse certo litoral ou ilha, teria direito às ilhas adjacentes.

¹⁵ O Estado, que ocupasse o litoral, teria direito ao espaço territorial que se situasse em seu interior.

¹⁶ Certas zonas territoriais ficariam reservadas a determinados Estados, caracterizando ocupação fictícia.

¹⁷ A linha divisória entre dois pontos ocupados no litoral por intermédio de Estados diferentes, cujos limites eram incertos, deveria ser a linha da meia distância.

¹⁸ O Estado, que dominasse a embocadura de um rio, teria direito a toda região banhada pelo rio e seus afluentes.

¹⁹ As montanhas seriam as referências para a ocupação territorial.

²⁰ O Estado possuía o direito ao território que se caracterizasse como continuidade homogênea do território ocupado.

- **o que teve como marco o Tratado de Saint Germain:** que relegou a segundo plano o princípio de efetividade da ocupação. As grandes potências, na luta hegemônica de ocupar novos territórios, sob o regime de protetorado, principalmente os oriundos da dissolução do Império Otomano, se desoneram da obrigação de ocupar efetivamente o território protegido.

A **acessão**, ao pressupor que o *accessorium sequitur principiali*, pode ser natural ou artificial.

A **acessão natural** trata-se de modo originário de aquisição territorial, decorrente dos fenômenos de aluvião²¹ e aparecimento de ilhas,²² bem como de modo derivado, caracterizado pelo desvio de leito de rio.

A **acessão artificial** é o acréscimo de território provocado pelo labor humano, como aterros e diques,²³ ao incorporar ao território terrestre zonas marítimas, fluviais e lacustres.

Modos derivados: os territórios já possuíam donos anteriormente, adquiridos por intermédio de cessão, adjudicação, prescrição aquisitiva ou conquista.

A **cessão** do território decorre de um acordo celebrado entre dois Estados no qual se determina a entrega de parte de um território pelo Estado cedente ao outro cessionário. Pode ocorrer a título oneroso,²⁴ gratuito²⁵ e por permuta.²⁶

Geralmente, a população deste território cedido deve manifestar-se, através de plebiscito, sobre a cessão, a qual implica transferência de jurisdição territorial.

A **adjudicação**, nomenclatura peculiar ao Direito Público interno, é o modo de aquisição territorial derivada de uma decisão de tribunal internacional ou órgão supranacional. Há casos em que ocorre perda de território ocupado indevidamente, como aconteceu com decisão da ONU, ao retirar a jurisdição da África do Sul sobre o Sudoeste africano.

O **usucapião** ou prescrição aquisitiva pressupõe contínuo e não perturbado exercício de jurisdição territorial sobre determinada região, como se verifica no caso das Ilhas Falklands ou Malvinas, envolvendo o Reino Unido e Argentina.

²¹ V. g. aterros naturais.

²² V. g. ilhas surgidas no Oceano Pacífico oriundas de lavas vulcânicas.

²³ Como sói acontecer na Holanda e Japão.

²⁴ V. g. alienação de Lousiana por 60 milhões de francos aos Estados Unidos da América pela França, em 1803; e do Alasca por sete milhões e duzentos mil dólares também aos Estados Unidos pela Rússia, em 1867.

²⁵ Cessão da Lombardia à Itália pela França, em 1859; e de parte da Lagoa Mirim e do Rio Jaguarão pelo Brasil ao Uruguai, em 1909.

²⁶ Muito usada em delimitações de fronteiras.

A **conquista**, como modo político-coercitivo, sempre predominou no decorrer do processo histórico, tornando-se forma usual de anexação de territórios por diversos impérios europeus,²⁷ alicerçados no paradigma Estado guerreiro hegeliano, deixando um rastro de barbárie e terror nos territórios subjulgados.

Após a Segunda Guerra, mesmo com o repúdio a qualquer forma de conquista, formalizado pela Carta das Nações Unidas e pelas constituições dos Estados civilizados, as duas grandes potências antagônicas, norte-americana e soviética, durante a Guerra Fria, estimularam conflitos regionais ideológicos. Para preservar suas regiões de influência, realizaram camufladas conquistas territoriais, sob a forma de intervenções humanitárias, e transformaram o conceito de jurisdição territorial em trágica pilhéria.

8.3 Conceito de território

O território estatal é a **base espacial do poder jurisdicional do Estado**, isto é, o "*locus*" onde se exerce o poder coercitivo estatal sobre os indivíduos humanos. Compõe-se, materialmente, pela terra firme, incluindo o subsolo e as águas internas (rios, lagos e mares internos), pelo mar territorial, pela plataforma continental²⁸ e pelo espaço aéreo.²⁹

Nessa linha de argumentação, **o território só possui sentido jurídico quando permeado por uma organização política, pois sem indivíduos humanos não há território, mas apenas partes da superfície terrestre** (JELLINEK, 1954:295 et seq.).

Heller (1968:178) complementa tal concepção ao ratificar que a primária condição natural consiste em que essa parte da superfície terrestre, entendendo-se como tal uma camada de vários quilômetros formada pela zona sólida, o oceano e a atmosfera, só interessa enquanto espaço habitado pelo homem.

Sob a égide do Estado constitucional, segundo Burdeau (1972:18), **o território apresenta-se como quadro natural dentro do qual os governantes exercem suas funções**. Assim, o território revela-se indispensável para o Estado como referência da comunidade, como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores, mediante jurisdição territorial que o transforma em instrumento a serviço dos fins do poder (MIRANDA, 1990:48).

Além disso, há de se perquirir o significado do uso do território em face da globalização, enquanto sinônimo do espaço geográfico onde o poder estatal exerce o seu poder jurisdicional.

²⁷ Tais como o napoleônico e o britânico, e mais recentemente o alemão do Terceiro Reich.

²⁸ Questionada pela ONU.

²⁹ O espaço cósmico é excluído da dominação estatal, no sentido de assegurar a todos os Estados a participação na exploração espacial, bem como vedar experiências nucleares no espaço cósmico, conforme determinações da ONU.

Tal utilização do território pode ser definida pela implantação de infraestruturas e pelo dinamismo das atividades econômicas e sociais.

Nesse contexto, são delineadas as características de novo espaço geográfico de um mundo globalizado:

- o arcabouço normativo interno e internacional;
- os movimentos migratórios da população;
- a distribuição da agricultura, da indústria e dos serviços;
- as políticas públicas que implementam o alcance e extensão da cidadania (SANTOS; SILVEIRA, 2001:21).

O território se insere, portanto, na economia globalizada, a qual reclama para si condições espaciais para a sua produção e regulação.

Geralmente, e como resultado da globalização da economia e do poder, o espaço nacional nos Estados subdesenvolvidos, estagnado em suas atividades econômicas e sociais, vê-se organizado para servir às grandes empresas hegemônicas, tornando-se fragmentado, incoerente e anárquico para os demais atores do aparelho ideológico estatal.

8.4 Natureza jurídica de território

Desde a Idade Média, quando houve a *invenção do território*, diversas teorias procuram explicar a natureza jurídica do território estatal, isto é, a posição jurídica do território em relação ao Estado:

a) Território patrimônio

Concepção peculiar ao medievo, quando se justificava a noção de território através do **direito real ou domínio eminente exercido pelos suseranos sobre seu feudo**. No tratamento dispensado aos vassallos, estes eram considerados coisas, servos hereditários da gleba, acessórios da terra e do solo (BONAVIDES, 1993:98).

Os conceitos de *imperium* e de *dominium* não se distinguiam, personificados na figura do senhor feudal e ampliados, na formação dos reinos, nas pessoas do príncipe ou do imperador, caracterizando a **teoria do domínio eminente**.³⁰

³⁰ Tudo pertencia ao rei e imperador: *omnia sunt regis*. Esta concepção, somada às raízes religiosas do conceito de território, explicita as bulas papais que doavam as terras e mares, descobertos na época das grandes navegações: a terra era de Deus, e o Papa, como seu representante na terra, estava legitimado a fazer tais doações.

Nesse
line o terr
um imóvel

b) Território

Dand
rende sub
O território

Laus
do território
apresenta
sobre seu
direito de

Esta r
criticas, d
exercida
dessa rel
esse direi
dades par
institucio
determina

c) Território

Atrav
qualidade
do, pois
sua essên

O Es
sua quali

Em t
do imper
das quan

O Es
tos, exer
uma cois

³¹ Esta teor

³² Vide La

³³ Formula

³⁴ Daí ser

³⁵ Vide Pri

Nesse contexto, concebe-se o poder da organização política medieval sobre o território exatamente como o direito real de qualquer proprietário sobre um imóvel.

b) Território – objeto³¹

Dando seqüência à teoria patrimonial, esta concepção (*Objekttheorie*) pretende substituir o príncipe ou imperador pelo Estado, na relação de domínio. O território torna-se objeto de **direito real de caráter público**.

Laband espousa esta teoria, em que o Estado deve atuar como proprietário do território. Como, nas relações dos Estados entre si, a soberania territorial se apresenta como direito real publicístico, conseqüentemente cada Estado tem sobre seu território, no âmbito interno, esse poder jurídico reconhecido como direito de soberania.³²

Esta teoria, que predominou até o limiar do século XIX, recebeu inúmeras críticas, dentre elas as de Fricker, segundo o qual a soberania não podia ser exercida sobre coisas, mas sobre pessoas; de Jellinek, que nega a existência dessa relação de domínio; e, mais recentemente, de Burdeau, ao considerar esse direito de propriedade de caráter público, incompatível com as propriedades particulares. Para o grande constitucionalista francês, há um direito real institucional que deve ser exercido diretamente sobre o solo, com seu conteúdo determinado, exigindo o serviço da instituição estatal (BURDEAU, 1972:18).

c) Território – espaço³³

Através desta teoria (*Gebietkörperschaft*), o território assume a condição de qualidade do aparato estatal,³⁴ isto é, extensão espacial da soberania do Estado, **pois não exprime um prolongamento do Estado, mas um momento em sua essência.**³⁵

O Estado, ao ser dotado de poder de *imperium*, possui poder de mando na sua qualificação para as relações estatais com seu território.

Em termos de Direito Público, o domínio relativo ao Estado é a expressão do *imperium*, ou **poder exercido sobre pessoas (direito reflexo), através das quais manifesta sua soberania sobre o território.**

O Estado jamais pode diretamente, senão pela mediação de seus súditos, exercer tal domínio sobre seu território. O domínio direto jurídico sobre uma coisa é o que constitui a propriedade. O domínio sobre o território não

³¹ Esta teoria, de cunho privatista, foi elaborada por Gerber e desenvolvida por Donato Donatti.

³² Vide Laband, *Droit public de l'empire allemand*, ed. francesa, 1900, v. I:228 et seq.

³³ Formulada por Fricker, em 1867, contendo objeções à teoria do território-objeto.

³⁴ Daí ser denominada também de teoria da qualidade (*Eigenschafttheorie*).

³⁵ Vide Fricker, *Von Staatsgebiet*, in *Gebiet und Gebietshoheit*, Tuebingen, 1901:107.

é, do ponto de vista do Direito Público, *dominium*, mas *imperium* (JELLINEK, 1954:298).

d) Território – limite³⁶

Para Duguit (1928:51), a distinção entre governantes e governados visa à formação da nação, a qual tem por limite certo território. No entanto, o território não é um elemento indispensável à formação do Estado.

Conforme Carré de Malberg (1948:23 et seq.), o território, concebido em si mesmo, não é objeto de domínio do Estado, mas sua extensão determina o marco dentro do qual pode ser exercido o poder estatal ou *imperium*, que deve incidir sobre as pessoas. A esfera de poder do Estado deve coincidir com o espaço sobre o qual se estendem os seus meios de dominação.

Nesta teoria, **o território é o limite material da ação efetiva dos governantes, configurando-se como limite da validade dos atos emanados do Estado.**

e) Território – competência³⁷

O território, segundo esta concepção, é onde o Estado exerce as competências que lhe são outorgadas, isto é, compreende-se **o território como âmbito de validade da ordem jurídica do Estado.**

Kelsen, ao justificar esta teoria, assinala que, dentro da esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional, deve-se distinguir o território em sentido estrito e amplo.

Em sentido estrito, o território é o espaço de jurisdição exclusiva de determinado Estado, através de seu poder coercitivo. Em sentido lato, existem certas áreas, como alto-mar, que não são esfera territorial de validade exclusiva de uma única ordem jurídica nacional, permitindo-se nelas a prática de atos coercitivos por parte de qualquer Estado (KELSEN, 1990:210).³⁸

Verdross (1955:20 et seq.) desenvolveu a referida teoria no âmbito do Direito Internacional Público, ao procurar demonstrar a existência de uma gama de competências no âmbito da jurisdição estatal, reconhecida pela jurisprudência internacional como soberania territorial, limitada pelo Direito das Gentes, de onde ela deriva.

³⁶ Desenvolvida pelo Duguit e Carré de Malberg.

³⁷ Elaborada por Radnitzky e desenvolvida por Kelsen na ótica do DIP.

³⁸ Vide, v. g., a competência de qualquer Estado a bordo de embarcações que naveguem legitimamente sob a sua bandeira.

8.5 Jurisdição territorial

O território do Estado desempenha duplo papel na Teoria do Estado: um, de razão histórico-constitucional e outro, de índole internacional.

Percebe-se, no primeiro, que a história do poder estatal da época moderna é, essencialmente, de progressiva imposição do poder territorial. No segundo, que, no século XX, o princípio territorial é o fundamento da divisão política do mundo, pois todos os Estados possuem dimensões territoriais.³⁹

Historicamente, o território se caracteriza, portanto, como local de fixação de um povo, ao aglutinar e integrar os diversos elementos num mesmo povo. Trata-se também de uma das referências de identidade de um povo em relação aos demais povos, e, no âmbito de sua jurisdição, retrata a permanência do poder político (MIRANDA, 1990:48).

O Estado moderno está marcado pela **jurisdição territorial**, isto é, o poder de império do aparato estatal sobre o território, ao abranger a dominação do Estado sobre todas as pessoas e coisas que estão dentro deste, a presunção de exclusividade do poder estatal neste espaço territorial e o poder de disposição exclusiva do aparato estatal sobre seu território.

Um dos princípios que demonstram o poder de império do Estado é o da territorialidade das leis, isto é, o ordenamento jurídico do Estado só tem eficácia e exclusividade em seu próprio território. Todavia, há duas exceções ao princípio da territorialidade, consoante a jurisprudência e a melhor doutrina:

- **a extraterritorialidade:** pressupõe que determinadas coisas, como um navio ou uma aeronave, independentemente de sua localização geográfica, mesmo em águas territoriais estrangeiras, alto-mar e espaço aéreo, estão vinculadas juridicamente ao seu Estado de origem, enquanto extensão do território estatal;
- **a imunidade:** visa garantir o desempenho das funções dos agentes diplomáticos, os quais, em termos de reciprocidade, são isentos do poder de império dos Estados onde quer que venham a ser acreditados (BONAVIDES, 1993:96).

O território estatal reflete sua unidade ao contemplar os seguintes domínios nos quais o Estado exercita a sua jurisdição territorial: o terrestre, o marítimo e o aéreo.

³⁹ O DIP contemporâneo, apesar da multiplicidade de organizações internacionais, ainda regula, basicamente, os direitos, os deveres, as faculdades e as relações mútuas dos Estados territoriais.

Domínio terrestre: o poder jurisdicional exercido sobre o espaço sólido do território, inclusive o subsolo.

Domínio marítimo: o poder jurisdicional que incide sobre certas águas internas (localizadas entre a costa e o limite interior do mar territorial), o mar territorial e a zona contígua (situada entre o mar territorial e o alto mar).⁴⁰

O primeiro critério racional⁴¹ para estabelecimento desse domínio foi o defensivo, isto é, do alcance das armas (*Terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*),⁴² que prevaleceu até os primórdios do século XX, quando foi acordada a fixação de três milhas para o domínio marítimo dos Estados.

A noção de mar territorial tem sido dada de maneira mais ou menos uniforme pela prática internacional. Conforme a Convenção de Genebra sobre mar territorial e zona contígua (1958), em seu art. 1º, “a soberania do Estado se estende, além de seu território e águas interiores, a uma zona do mar adjacente às suas costas”.

O direito de pesca e a necessidade de exploração econômica do acervo biológico e das riquezas minerais (exploração de petróleo em plataforma submarina), bem como a proteção da fauna e da flora marítimas nas zonas contíguas ao mar territorial, instaram alguns Estados subdesenvolvidos⁴³ a estabelecer novos parâmetros.

Daí surgiu o **marco de 200 milhas para seu mar territorial**, contrapondo-se às grandes potências,⁴⁴ que almejavam fixar tais limites em 12 milhas, em nome da tradicional liberdade de navegação.

Conciliando as duas posições, concebeu-se a alternativa do mar patrimonial no qual o Estado deteria a sua jurisdição territorial sobre os recursos das águas, solo e subsolo, assegurando-se a liberdade de navegação marítima e aérea.

Sugeriu-se fixar o mar territorial em 12 milhas, onde seria exclusivo o poder soberano do Estado costeiro, e após tal limite haveria um mar territorial de 188 milhas, onde o Estado teria jurisdição sobre o leito e o subsolo marítimos (BARACHO, 1979:67).

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)⁴⁵ consagrou tal alternativa, e delimitou novos conceitos de mar territorial, zona econô-

⁴⁰ Em relação à plataforma continental, abaixo do alto-mar e próximo às das costas do Estado, reivindicada por diversos Estados, a ONU entende que as suas águas se sujeitam ao regime do alto-mar, conforme os princípios de liberdade e inapropriabilidade do Direito Internacional.

⁴¹ Anteriormente, adotou-se o limite visual.

⁴² O poder da terra termina onde acaba o poder das armas.

⁴³ Brasil (através do Decreto-lei nº 1.098, de 25 de março de 1970), Chile, Peru e Equador.

⁴⁴ Como os Estados Unidos da América e Rússia.

⁴⁵ Assinada pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1982, e, posteriormente, ratificada em 22 de dezembro de 1988.

mica exclusiva e plataforma continental, que, embora distintos, são aplicáveis a espaços oceânicos próprios.

Nos termos da CNUDM (arts. 2 e 3), a soberania do Estado costeiro sobre o seu território e suas águas interiores estende-se a uma faixa de mar adjacente – mar territorial – com dimensão de até 12 milhas marítimas (1 m.m. = 1.852 metros).

No mar territorial, o Estado costeiro deve exercer soberania ou controle pleno sobre a massa líquida e o espaço aéreo sobrejacente, bem como sobre o leito e o subsolo deste mar.

Em 4 de janeiro de 1993, o Governo brasileiro sancionou a Lei nº 8.617, que tornou os limites marítimos brasileiros coerentes com os limites preconizados pela CNUDM: 12 milhas marítimas.

Domínio aéreo é o poder jurisdicional exercido no espaço aéreo sobrejacente ao seu território.

A regulamentação internacional pertinente era a Convenção de Paris (1919), que acolheu o princípio da soberania completa e exclusiva do Estado sobre seu espaço aéreo.

Atualizou-se tal regulamentação, por intermédio da Convenção de Chicago (1944), denominada Convenção sobre Aviação Civil Internacional, que recepcionou o conceito de soberania relativa.

Institui-se, ainda, a *Organização de Aviação Civil Internacional* (OACI), uma agência especializada das *Nações Unidas*, com função de coordenar e regular o transporte aéreo internacional.⁴⁶

Esta convenção estipulou regras acerca do espaço aéreo, registro de aeronaves e segurança de vôo, bem como detalha os direitos dos signatários com respeito ao transporte aéreo.⁴⁷

Dentre estas regras, também se incluem a liberdade de vôo, o uso do direito à passagem inofensiva e as necessárias liberdades do ar:

- direito de sobrevoo com fins pacíficos;
- direito de escala técnica para reparações;
- direito de embarcar no território do Estado signatário mercadorias, passageiros e correio com destino ao Estado de que a aeronave é nacional;

⁴⁶ A Convenção foi firmada em 7 de dezembro de 1944, em Chicago, EUA, por 52 Estados, e entrou em vigor em 4 de abril de 1947. Em outubro desse ano, a organização tornou-se uma agência especializada da ONU, ligada ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC). A Convenção foi revisada por sete vezes (1959, 1963, 1969, 1975, 1980, 1997 e 2000). Os Estados Unidos são depositários da Convenção.

⁴⁷ A Convenção de Chicago foi firmada pelo Brasil, em 29 de maio de 1945, ratificada a 8 de junho de 1946 e promulgada pelo Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946.

- direito de desembarcar no território do Estado signatário mercadorias, passageiros e correio que tenham sido embarcados no Estado de que a aeronave é nacional;
- direito de embarcar mercadorias, passageiros e correio com destino ao território de qualquer Estado signatário;
- direito de desembarcar passageiros e mercadorias originárias do território de qualquer Estado signatário.

A pirataria aérea, em que se enquadram os sequestros, vê-se punida por normas das Convenções de Tóquio, Haia e Montreal.

Direito de passagem inocente: principal restrição à soberania estatal em seu mar territorial e em seu espaço aéreo.

Trata-se de direito de passagem inofensiva, **reconhecido a todos navios e aeronaves mercantes estrangeiros, em tempo de paz**, isto é, sem objetivos bélicos. Em relação à circulação de aeronaves sobre o território de qualquer Estado, recomenda-se que o território sobrevoado obtenha notícia prévia da passagem e exerça controle no resguardo de seus interesses.⁴⁸

Consoante Heller (1968:182), nenhum fato geográfico tem importância política com independência do labor humano, pois não se pode conceber a unidade e individualidade do Estado partindo unicamente das características do seu território, mas tão somente da cooperação da população sob as condições dadas de espaço, isto é, apenas socialmente.

8.6 O território estatal brasileiro

A história do território brasileiro remonta ao período que antecedeu ao seu descobrimento, isto é, às bulas papais, que reconheciam os descobrimentos de novas terras, como a América, por Cristóvão Colombo.⁴⁹

Nesse contexto, as duas “Bulas Inter Caetera” (1493) não lograram atender as reivindicações espanholas e portuguesas na partição do mar oceano, gerando tensão entre as duas potências cristãs.

O acordo sobre a posse de novas terras cristãs, entre Portugal e Espanha, só surgiu em 1494, com o Tratado de Tordesilhas,⁵⁰ que determinou a quem pertenceriam as terras já descobertas, até a distância de 370 léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde.⁵¹

⁴⁸ Vide crise dos controladores aéreos brasileiros, que gerou caos nos aeroportos nacionais.

⁴⁹ As bulas papais propiciavam ao Estado esse direito.

⁵⁰ Teve, originariamente, a denominação de Capitulação da Partição do Mar Oceano e foi confirmado pela Bula *Ea quae pro bono pacis*, do Papa Júlio II, em 1506.

⁵¹ O Tratado de Tordesilhas, nunca demarcado e meramente formal, teve seus efeitos suspensos com a união das coroas ibéricas de 1580 a 1640. Após a morte de D. Sebastião, na batalha de

Não obstante isso, após o descobrimento do Brasil, os portugueses avançaram, na América do Sul, de muito o meridiano de Tordesilhas, ampliando o território brasileiro.

Diversos tratados foram celebrados no período colonial entre Portugal e Espanha, a respeito dos limites territoriais de suas colônias, dentre elas a do Brasil:

- **Tratados de Utrecht (1713 e de 1715) e de Madrid (1750)**, em que ambos os signatários reconheceram haver violado o Tratado de Tordesilhas, pelo que se pretendeu demarcar as terras coloniais espanholas e portuguesas;⁵²
- **Tratado de El Pardo (1761)**, que revogou o Tratado de Madrid;
- **Tratado de Santo Ildefonso (1777)**,⁵³ no qual a Colônia de Sacramento e a Colônia dos Sete Povos das Missões foram transferidas para o jugo espanhol em troca da Ilha de Santa Catarina;
- **Tratado de Paz de Badajoz (1801)**, que pôs fim à guerra de Espanha e França contra Portugal.⁵⁴

Durante o século XIX, as colônias espanholas e portuguesas lograram proclamar sua independência no continente americano, ao recorrer ao princípio do *uti possidetis* para traçar seus limites territoriais.

O Brasil proclamou sua independência de Portugal, em 7 de setembro de 1822, tendo dificuldades no seu reconhecimento como Estado soberano. Os Estados Unidos da América tornaram-se o primeiro Estado a fazê-lo, em 1824.

Os ingleses, interessados na renovação do tratado comercial de 1820, que lhes proporcionava uma série de privilégios nas relações comerciais com o Brasil, forçaram Portugal a reconhecer a independência do território brasileiro, o que ocorreu em 1825.⁵⁵

O Brasil, após conquistar sua soberania, entrou em conflito com a Argentina, recentemente independente da coroa da Espanha, tendo como cerne da

Alcácer Quibir, em 1578, e de seu sucessor, o cardeal D. Henrique, em 1580, D. Felipe II, rei da Espanha, incorporou o território de Portugal à Espanha.

⁵² Este tratado vigorou por 10 anos, e concretamente permitiu que Portugal cedesse à Espanha a Colônia de Sacramento, que lhe fora devolvida pelo Tratado de Utrecht, de 1715, e recebesse dos espanhóis a Colônia dos Sete Povos das Missões.

⁵³ Assinado após a invasão espanhola à Colônia de Sacramento.

⁵⁴ Durante o aludido conflito, os portugueses se apossaram da Colônia dos Sete Povos das Missões.

⁵⁵ O Brasil se obrigava, a título de indenização, a pagar dois milhões de libras esterlinas a Portugal, e os ingleses foram contemplados com a renovação do tratado comercial.

discórdia a província da Banda Oriental do Uruguai,⁵⁶ da qual ambos desejavam apropriar-se. O Uruguai conquistou sua independência graças à intervenção armada de Estados imperialistas europeus.

A Argentina, obstinada em não reconhecer a soberania das províncias cisplatinas do Uruguai e do Paraguai, recebeu um ultimato da França e da Inglaterra. Diante da negativa argentina em aceitá-lo, deflagrou-se, em 1850, uma guerra envolvendo a Argentina e as províncias cisplatinas, aliadas ao Brasil, as quais consolidaram sua independência.

Com a ascensão de Solano Lopes, no Paraguai, instalou-se outro conflito, no período entre 1865 e 1870, conhecido como **Guerra do Paraguai**, com a formação da tríplice aliança, composta pelo Brasil, Argentina e Uruguai, a soldo dos interesses ingleses, contrapondo-se às pretensões de autonomia econômica, militar e política do Paraguai. A partir daí, o Brasil assumiu posição hegemônica na América do Sul (LUXEMBURGO, 1988:70).

Mais tarde, com a instauração da República, o Brasil procurou solucionar diplomaticamente as questões fronteiriças com seus vizinhos, em momento em que se destacou como seu representante diplomático o Barão do Rio Branco.

O primeiro território contestado, denominado **Território de Palmas**, envolvia dois rios que estabeleciam os limites da antiga Colônia dos Sete Povos das Missões, incorporada pelo Brasil no limiar do século XIX. Foi celebrado tratado de limites entre o Império do Brasil e a Argentina, em 1857, que os argentinos não ratificaram, e exigiram nova delimitação.

Em 1889, os dois países litigantes decidiram que o litígio fosse resolvido pela arbitragem do presidente dos Estados Unidos da América. O laudo arbitral, elaborado pelo presidente Grover Cleveland, em 1895, era totalmente favorável ao Brasil, que anexou definitivamente mais de 30.000 quilômetros quadrados ao território nacional.

A **Questão do Amapá** reconduz ao primeiro Tratado de Utrecht, em que a França renunciou às suas pretensões territoriais do Cabo Norte, localizadas entre os rios Amazonas e Vicente Pinzón.

Em 1808, a família real portuguesa, que transmigrou para o Brasil, ocupou Caiena por oito anos, até que o Congresso de Viena determinou que a Guiana deveria ser restituída à França.

Quinze anos após o referido Congresso, a França pretendeu anexar à Guiana o atual território do Amapá, suscitando dúvidas sobre qual seria o rio Vicente Pinzón.

Durante o Império, o litígio permaneceu insolúvel. A França, para reconhecer a República brasileira, exigiu o deslinde da Questão do Amapá, o que foi

⁵⁶ Ex-colônia de Sacramento.

feito por arbitragem. O árbitro escolhido foi o Conselho Federal suíço, que em seu laudo, proferido em 1900, considerou que o rio Vicente Pinzón, ao contrário do que sustentava a França, era o atual Oiapoque, devendo o Amapá permanecer como território brasileiro.

A Questão da Guiana Inglesa reporta à Convenção de Londres de 1814, na qual a Guiana holandesa teve parte de seu território cedido ao Reino Unido.

Desde então, os ingleses penetraram em território brasileiro, através das missões religiosas e científicas, suscitando dúvidas sobre o tratamento dispensado pelas autoridades brasileiras aos índios. Alegaram, ainda, existência de ruínas de fortificações holandesas na região limítrofe com o Brasil, pelo que esta faixa territorial deveria ser anexada à parte da Guiana cedida à Inglaterra pelos holandeses.

Em 1901, foi assinado compromisso arbitral entre Brasil e Inglaterra para deslindar o litígio. A defesa brasileira coube a Joaquim Nabuco, tendo sido escolhido como árbitro o Rei da Itália, Vítor Manuel III, que proferiu seu laudo, em 1904. O árbitro, ao decidir por equidade, dividiu a região contestada, cedendo 19.630 quilômetros quadrados à Guiana inglesa e 13.570 quilômetros quadrados ao Brasil.

A Questão do território do Acre demonstra a ineficácia dos tratados celebrados na época colonial por Portugal e Espanha, pois a Espanha descuidou da região amazônica e do pantanal, permitindo o avanço dos portugueses.

Na época da independência do Brasil, o território do Acre, apesar de pertencer à Bolívia, permanecia desocupado. No final do século XIX, impulsionados pela fase áurea do ciclo da borracha, há uma forte imigração de cearenses, que se dedicavam às atividades extrativistas, às terras acreanas, paraíso ecológico das seringueiras.

Os altos impostos cobrados pelos bolivianos na produção da borracha geraram tensão entre brasileiros, que resolveram criar o Estado Independente do Acre, sob a liderança folclórica de Luís Galvez Rodrigues de Arias, sem nenhum apoio político ou militar brasileiro.⁵⁷

A Bolívia reagiu, ao arrendar as terras acreanas a uma empresa norte-americana, que pretendeu instituir sindicato com poderes de império, tais como arrecadar tributos, ter efetivos militares e possuir navios.⁵⁸

⁵⁷ D. Galvez I legislou, batalhou, deu armas e bandeira ao Estado do Acre, enquanto teve recursos. Acabados tais recursos, seu Império esvaiu-se, sumiu-se pelo boqueirão de coisas pícaras que deixam a memória envolvida em troça (SIMÕES, 1917: passim.) Vide SIMÕES, Veiga, in *Daquem & Dalem Mar*, Manaus: Palais Royal, 1917. Leitura sugerida: Souza, Márcio. *Galvez imperador do Acre*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

⁵⁸ Cary y Whitridge, que estruturou o *Bolivian Syndicate*, à semelhança das Companhias das Cartas, que exploravam recursos minerais na África e na Ásia, em regime de semiescravidão.

Em face da formação desse sindicato, os acreanos se rebelaram, em 1902, chefiados por Plácido Castelo, agravando a tensão na região, com a movimentação de tropas bolivianas e brasileiras envolvidas no conflito.

Diante da posição brasileira, os bolivianos rescindiram o contrato com o sindicato formado por capitais franceses, alemães e norte-americanos, e propuseram a solução do litígio, através de arbitragem, com o que o governo brasileiro não concordou.

Em negociações diretas, o Brasil, diplomaticamente, indenizou o sindicato em 110.000 libras esterlinas pelos seus investimentos, o qual renunciou aos seus direitos na região.

Estabeleceu-se, em 1903, um *modus vivendi* para a região em litígio, formalizado, em 17 de novembro do mesmo ano, por intermédio do Tratado de Petrópolis, pelo qual a Bolívia alienou o território do Acre ao Brasil por dois milhões de libras esterlinas e pela construção da pitoresca estrada de ferro Madeira-Mamoré.

O Brasil, diplomaticamente, solucionou suas questões de limites territoriais ao longo da história republicana mediante negociações diretas com seus vizinhos: em 1908, com a Guiana holandesa; em 1909, com o Peru e com o Uruguai; em 1927, complementando o Tratado de 1872, com o Paraguai;⁵⁹ em 1928, complementando o Tratado de 1907, com a Colômbia; em 1973, acordo de demarcação, segundo o Tratado de 1859, com a Venezuela.

Na atualidade do território brasileiro, Milton Santos sugere que sejam reconhecidas **quatro regiões geográficas**, marcadas pela difusão diferencial do meio técnico-científico-informacional e pelas heranças do passado:

- **uma região concentrada e desenvolvida:** abrange os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Caracteriza-se pela implantação mais consolidada de dados da ciência, da técnica e da informação. Nela, o meio técnico científico informacional vê-se sedimentado sobre um meio mecanizado, portador de um denso sistema de relações, devido a uma acentuada urbanização, a uma vida comercial intensa e ao respectivo padrão de consumo das empresas e das famílias;
- **um Brasil nordestino:** inclui os Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. Constitui-se em área de alta densidade demográfica, onde há precariedade na circulação de pessoas, produtos, informações, ordem e dinheiro, em ra-

⁵⁹ Na Ata de Iguazu, de 1966, e no Tratado de Itaipu, de 1973, Brasil e Paraguai declararam que os recursos hidráulicos de Sete Quedas pertenciam, em condomínio, a ambos os Estados.

ção do tipo e da natureza das atividades agrícolas e da estrutura patrimonialista fundiária;⁶⁰

- **um Brasil amazônico:** engloba os Estados do Pará, Amapá, Roraima, Acre e Rondônia. Formado por uma região de baixas densidades técnicas e demográficas. A vastidão de seu território oculta a devastação gradativa da floresta, através da indústria madeireira e dos garimpos, e a cobiça das grandes potências internacionais. Camufladas em missões religiosas e científicas, estas potências coletam informações sobre o solo, a fauna e a flora desse território e registram para si patentes dos componentes da rica biodiversidade amazônica;⁶¹
- **um Brasil do Centro-Oeste:** contempla os Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Tocantins. Apresenta-se receptivo aos novos fenômenos da urbanização, como área de ocupação periférica recente, na qual se descortina uma nova fronteira de produtos de uma agropecuária moderna e globalizada (SANTOS; SILVEIRA, 2001:268 et seq.).

O território terrestre brasileiro, juridicamente, por princípio, pressupõe que a propriedade do solo incorpore o espaço aéreo e o subsolo, em altura e profundidades úteis ao seu exercício (art. 1.229 do Código Civil brasileiro). O solo é, por regra, no sistema capitalista, considerado bem de propriedade privada, e, eventualmente, bem público.

A Carta Magna vigente, entretanto, inclui entre os bens da União os recursos minerais, inclusive os de subsolo, e os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII, IX e X).

Ou seja, para efeito de exploração e aproveitamento, o domínio pela União das jazidas, em lavra ou não, de demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica proporciona ao proprietário do solo participação nos resultados da lavra, na forma e valor que dispuser a lei.

A pesquisa e utilização desses recursos realizam-se, mediante a autorização ou concessão da União, no interesse nacional, a cidadãos brasileiros ou a empresa constituída sob leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no Brasil, na forma da lei,⁶² cabendo ao concessionário o produto da lavra (art. 176 e §§ 1º e 2º).

⁶⁰ Tal estrutura fundiária, estribada no coronelismo político, impede uma melhor distribuição de renda, mantendo na pobreza a maior parte de sua população.

⁶¹ Bonavides (1999:258) denuncia que tais missões, de forma sub-reptícia, na rota de ocupação da Amazônia, como ocorreu, em tempos passados, no México e na Colômbia, sugerem a demarcação de terras indígenas, insuflando a independência das tribos indígenas enquanto nações encravadas no território brasileiro.

⁶² Que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Os rios e lagos nacionais estão sujeitos à jurisdição territorial brasileira, integrando-se ao território terrestre.

O Brasil, desde o Império, sempre sustentou que a liberdade de navegação nos rios internacionais depende do consentimento dos Estados ribeirinhos.

Por outro prisma, conforme demonstrado, o Brasil se submete ao conjunto de normas e princípios internacionais que regulamentam o espaço aéreo e a sua utilização, denominado Direito Internacional Aéreo.

O Estado brasileiro, como signatário da Convenção de Genebra, possui direitos que devem ser exercidos conforme as normas internacionais, em relação ao seu território marítimo, abrangendo o mar territorial e a plataforma continental.

O território marítimo brasileiro contempla a preservação de interesses essencialmente econômicos, ao incluir o direito exclusivo de pesca e a exploração de significativas reservas de petróleo em plataformas submarinas, e simultaneamente, permitindo a liberdade de navegação aérea e marítima.

O limite exterior da plataforma continental brasileira fixou-se em consonância com os critérios delineados no art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.⁶³

Assim, a Lei nº 8.617/93 consagrou, em 12 milhas, o mar territorial brasileiro, adequando-se à nova tendência internacional, mas ainda preservando uma zona econômica exclusiva de exploração marítima para o Brasil, nos limites traçados pelo Decreto-lei nº 1.098/70, devidamente revogado.

Milton Santos admite a existência de três grandes períodos da história territorial brasileira. **O primeiro, denominado de Brasil policêntrico**, perdurou até a Segunda Guerra, sendo anterior à unificação do território e do mercado. **O segundo, com o Brasil unificado, teria como fator dinâmico o processo de industrialização e como objetivo a construção nacional.** **O terceiro coincide com o processo de globalização e vige até hoje.**

Desde as capitânicas hereditárias e outras formas de dominação da época colonial, atravessando o período imperial brasileiro, o poder demonstrou-se centralizador, mas a fraca capacidade de controle do território e a realização fragmentária da economia não permitiram ir além de um *Brasil arquipélago*. Cada região produtora se ligava a um centro litorâneo, ou próximo dele, que assegurava as suas relações externas, enquanto as relações internas eram limitadas.

Na segunda metade do século XIX, a introdução do transporte ferroviário ensejou um uso mais dinâmico do território brasileiro.

Após a Segunda Guerra, a nova fase da história territorial brasileira viu-se delineada pelo processo de industrialização, ao concretizar a ideia de unificar

⁶³ Celebrado em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982.

o território através dos transportes. Houve uma planificação sistemática, com a interligação das estradas de ferro e a construção acelerada de uma rede nacional de rodovias.

A construção de Brasília, no final da década de 50, acarretou, juntamente com a ascensão industrial de São Paulo, a emergência de uma nova arquitetura territorial nacional e de novas centralidades. Gradativamente, Brasília, tendendo a se instalar como metrópole política, retirou do Rio de Janeiro a centralidade do poder, isto é, das ordens e da natureza pública com as quais o território deveria ser regulado.

São Paulo, por sua vez, ao afirmar-se como metrópole econômica, subtraiu do Rio de Janeiro o comando da economia, assumindo, graças a uma indústria capaz de abastecer e equipar um Brasil relativamente unificado pelos transportes, a produção de ordens econômicas.

No terceiro período da história territorial brasileira, o fator motor deixa de ser a indústria e passa a ser a informação.

Consoante o modelo neoliberal incidente sobre o território nacional, as principais atividades econômicas parecem moldar-se ao sabor de forças centrífugas, e o próprio Estado federal, que na fase anterior era unificador, torna-se centrifugador.

Depreende-se, nesta nova fase do decorrer do processo histórico, o advento de uma centralidade criadora de conflitos no território nacional, onde Brasília e São Paulo veem comprometido o seu papel de regulação, perdendo suas funções de centralidade, enquanto o país como um todo se torna ainda mais periférico (SANTOS; SILVEIRA, 2001:265 et seq.).

Por outro lado, o território brasileiro gerou riquezas, que tão somente consolidaram os privilégios da classe dominante e acentuaram as disparidades sociais.

As reformas fundiárias, tanto urbanas quanto rurais, mesmo com o advento do Estado Social no Brasil, em 1934, sempre permaneceram condicionadas às normas programáticas. Jamais se concretizou, efetivamente, o direito de propriedade de bens de consumo e de uso pessoal aos trabalhadores, tais como vestuário, alimentação e moradia, apesar de inserido nas Constituições de 1934, 1946 e 1988.

Historicamente, a intervenção do Estado brasileiro sempre se pautou pelo assistencialismo, caracterizando-se pela timidez na aplicação das políticas públicas de distribuição de rendas e de reformas fundiárias, ao relegar a segundo plano o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição de 1988).

Nesse triste contexto, a maioria dos trabalhadores brasileiros sobrevive de baixos salários ou de atividades pertinentes à economia informal, sem satisfa-

zer suas necessidades básicas e sem acesso aos bens de produção,⁶⁴ o que retrata a exclusão social.

O regime da propriedade, de uma maneira geral, denota a natureza do sistema econômico que impregna o texto constitucional brasileiro vigente. O território estatal brasileiro, matizado politicamente pela ideologia capitalista reformista, contempla propriedades públicas e privadas.

Os bens pertencentes à União estão elencados no art. 20 da Constituição vigente, os relativos aos Estados componentes da federação no art. 26 e os dos Municípios em suas respectivas leis orgânicas. Há também os bens de interesse público, como os integrantes do meio ambiente cultural (art. 216), notabilizados pela sua beleza natural, valor ou interesse histórico, artístico e arqueológico; e os constitutivos do meio ambiente natural (art. 225), incluindo o patrimônio florestal.

A ordem econômica brasileira, constitucionalmente, reflete um sistema capitalista periférico fundado na propriedade privada (art. 170), no qual tanto a propriedade em si, como a sua função social, são considerados princípios essenciais da referida ordem econômica (art. 170, II e III).

Não obstante, a concretização do princípio da função social da propriedade exige ação intervencionista incisiva do Estado no domínio econômico, estabelecendo restrições ao pleno uso da propriedade privada, especialmente dos meios de produção.

Nessa linha de reflexão, o princípio da função social da propriedade adquire substancialidade, quando aplicado aos bens de produção no que tange à disciplina jurídica de propriedade, devendo comprometer-se com a sua destinação (GRAU, 1981:128).

De forma contraditória, as políticas públicas, adotadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, condicionavam-se ao figurino, monitorado pelo FMI, de uma única receita para o desenvolvimento dos países pobres: **o ajuste fiscal duro** em detrimento de uma proposta de crescimento econômico, baseada na distribuição de renda, e diferenciando o investimento produtivo da dívida.

O Estado brasileiro, enquanto seguiu o receituário neoliberal, demonstrou-se impotente para superar suas tensões internas, não conseguindo arcar com sua função enquanto aparato estatal.

Este aparelho estatal deve consistir na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica (HELLER, 1968:245).

Nessa perspectiva, em 2001, em face da miséria que se agravava, o governo de Fernando Henrique Cardoso passou a se interessar pela organização de

⁶⁴ Que se aplicam à produção de bens e rendas.

uma rede de proteção social, formada por doze programas, situados no campo da transferência de renda para segmentos carentes.

Em 2003, o governo Luiz Inácio Lula da Silva ampliou esta rede, comprometendo-se a reduzir a fome e a pobreza, tendo como estratégia o **Fome Zero**. No âmbito dessa estratégia, foram incrementados os programas de transferência de renda, destacando-se o **Bolsa Família**.⁶⁵

Com tais políticas públicas, houve um declínio acentuado dos índices de desigualdade social no Brasil nos anos recentes, graças aos seguintes fatores:

- a) estabilidade da economia;
- b) reformulação dos programas de transferência de renda;
- c) estímulo ao crédito popular;
- d) crescimento real do salário mínimo;
- e) expansão dos benefícios da previdência social.

Persiste, entretanto, no Brasil, uma trágica concentração de rendas e de bens de produção, por parte de segmento ínfimo da população. Mesmo com políticas assistencialistas, como o **Fome Zero**, significativa parte dos segmentos sociais não usufrui de uma vida digna, o que desperta o grito e ação política dos movimentos sociais libertários, tais como os dos sem-teto e dos sem-terra.

⁶⁵ Este programa de transferência de rendas se propõe a sintonizar a transferência monetária com as ações complementares mediante articulação com outros programas de natureza estruturante, com ênfase na educação, saúde e trabalho.

9

O Povo

A extraordinária diversidade de acepções para povo gera tantas e tão perigosas confusões e equívocos que se torna necessário, previamente, investigar os diversos sentidos em que se emprega tal palavra, separando-os nitidamente.

Demonstra Kriele (1980:134) que o conceito de povo é especificamente vago, condicionado à sua fundamentação teórica na qual podem predominar diversos fatores, tais como idioma, raça, história e cultura.

Assim, há de se fazer, aprioristicamente, uma distinção fundamental entre a consideração do povo como formação natural e como formação cultural.

No primeiro caso, entende-se por povo só o que este tem de natural, enquanto população ou raça. Mas, por sua parte, a consideração do povo como formação cultural não supõe um conceito unívoco e exige uma análise precisa (HELLER, 1968:183).

O povo, como formação natural, implicou a crença da raça como unidade de modo de ser temporal e psíquico invariável através de séculos. Tal concepção, desenvolvida por Gobineau,¹ Wagner e Chamberlain, tão somente acobertou ideologias autoritárias, pois a teoria racista demonstrou-se insuficiente, dado seu caráter de exclusão, como ideologia de legitimação da unidade política do povo.²

O povo, como formação cultural, não desempenhou, na Antiguidade e na Idade Média, papel significativo na formação dos grupos políticos. Até o século XIX, não existiram uma teoria e uma prática da política construída de modo consciente sobre a peculiaridade cultural do povo.

O povo apareceu como nação política apenas quando se liquidou a ordem social corporativa e se consolidou a sociedade civil, pois, ao vacilar a forma monárquica de governo, desvaneceu-se a diferenciação dinástica entre os Estados.

¹ Vide *Sur l'inégalité des races humaines*, 1853.

² O conceito de raça, como uma comunidade caracterizada por peculiares dados biológicos, revelou-se também cientificamente controverso (VERGOTTINI, 1993:75).

Desde a Revolução Francesa, e, em nome da soberania do povo e da soberania nacional, o mundo político europeu viu-se, no exterior, distribuído de maneira diferente e, no interior, radicalmente revolucionado (HELLER, 1968:194).

Cada povo tem seu próprio corpo físico que se mantém mediante a reprodução natural. **O povo, neste aspecto natural, é a população. Não obstante, não se deve confundir o conceito de povo com o de população do respectivo Estado, vez que o último não possui sentido jurídico.**

Integram a população todas as pessoas residentes dentro do território estatal (KRIELE, 1980:133) ou todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas (BONAVIDES, 1993:57).

Em síntese, população é mera expressão numérica, demográfica ou econômica, que abrange conjunto de pessoas que vivam no território estatal ou mesmo que permaneçam nele temporariamente (CAETANO, 1963:103).

Esclarece Heller (1968:197) que o povo cultural em si é politicamente amorfo, transformando-se em nação quando a consciência de pertencer ao conjunto metamorfoseia-se em uma conexão da vontade política, ressaltando que para se constituir a nação não basta o sentimento de comunidade meramente étnica.

Canotilho (1998:69) assinala que, **nas democracias atuais, o povo deve ser entendido em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política, diferenciando-se radicalmente de um conceito naturalista, étnico ou racial de povo, caracterizado por origem, língua ou cultura comum.**

9.1 Evolução histórica e jurídica de povo

A noção de povo emerge da Antiguidade clássica como referencial da teoria política na construção das instituições políticas helênicas, que desconheciam o instituto da representação política e a existência de direitos individuais.

Na Grécia e em Roma, o conceito de povo era diluído, significando, primordialmente, conjunto de privilegiados cidadãos detentores de certos direitos, de acordo com suas castas sociais. Em Roma, o conceito evoluiu para *populus*, vinculando-se ao conceito de *res publica*, implicando a participação dos cidadãos³ nos negócios de interesse geral.

³ Apenas os patrícios usufruíam dos três *status* ou prerrogativas da cidadania plena: o *libertatis*, o *civitatis* e o *familiae*.

Assim, na concepção de Cícero, o conceito de povo não compreendia todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tinha seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum.⁴

Na Idade Média, não se caracterizou uma noção precisa de povo, apesar das reflexões de MARSÍLIO DE PÁDUA e de GUILHERME DE OCCAM⁵, que insistiram na busca da sujeição do poder eclesiástico ao poder temporal da comunidade civil.

Marsílio de Pádua, no *Defensor pacis*, publicado em 1324, concebeu uma noção unitária e ampla de povo, indicando-se este como fonte da lei, detentor do poder constituinte.⁶ Ao príncipe, por dever para com o seu povo, cumpria a observância das leis no exercício de suas funções,⁷ podendo, por isso, ser punido no caso de transgressão.

Guilherme de Occam se recusava a reconhecer qualquer naturalidade e qualquer teologia providencial na comunidade civil, pois os indivíduos que a estabeleciam deviam instaurá-la e construí-la. A livre decisão da vontade dos indivíduos devia ensejar o princípio de emergência da comunidade civil.⁸

Durante o primeiro período do Estado Moderno, enquanto prevalecia a monarquia absoluta, foi-se generalizando a designação do indivíduo como cidadão, reconhecendo-se os componentes do povo, em determinadas circunstâncias, como participantes do poder soberano.

No entendimento de Bonavides (1993:66), no absolutismo, o povo fora tratado como objeto, mas, com o advento do Estado liberal de direito, se transformou em sujeito de direitos.

Desde então, a concepção de povo evoluiu na perspectiva de procurar-se um conceito compatível com o paradigma adotado pelo Estado.

O Estado liberal de direito delineou o conceito de povo em dois momentos distintos: o pós-revolucionário, na perspectiva filosófica e política, e o do Estado de direito, isto é, *Rechtsstaat*, na perspectiva dogmática.

A partir da Revolução Francesa, surge a ideia de povo construída livre de qualquer noção de classe, não se discriminando os componentes do Estado. Procurou-se efetivar, em sentido político, a implantação do sistema representativo, que entronizava no poder as minorias cultas vinculadas à burguesia, e,

⁴ “*Res publica res populi, populus autem est non omnis hominum coetus quoquo modus congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*” (CICERO, *De Republica*, I, 25).

⁵ Em inglês, William of Ockam (existem várias grafias para o nome deste franciscano: Ockham, Ockam, Occam, Auquam e Hotham).

⁶ O legislador ou causa eficiente primeira e verdadeira da lei é o povo, “*populus*”, ou a totalidade dos cidadãos, “*civium universitatem*” (*Defensor pacis*, I, XII, 3.).

⁷ “*Secundaria, quasi instrumentalis seu executiva pars.*”

⁸ “*Non speciali praecepto divino, sed voluntate humana.*” Vide “*Opus nonaginta dierum*”, Cap. 88.

em sentido jurídico, o princípio revolucionário democrático do *pouvoir constituant* real e com capacidade de agir, assente na soberania popular, manifesta no sufrágio popular.⁹

Consoante Rousseau, os associados, que compõem a sociedade, e o Estado, recebem coletivamente o nome de povo, cabendo-lhes a designação particular de cidadãos quando participam da autoridade soberana, e sujeitos, quando submetidos às leis do Estado.¹⁰

Na Revolução Francesa, o setor burguês de povo, que chegou a adquirir uma consciência política, isto é, constituindo a nação,¹¹ conseguiu alcançar para si a decisão consciente sobre a forma de existência do Estado e, com isso, o poder constituinte no sentido revolucionário democrático (HELLER, 1968:326).

A reação monárquico-feudal contra o princípio do *pouvoir constituant* deu-se com a Restauração, que formulou como princípio monárquico o princípio do *pouvoir constituant* do soberano hereditário do Estado, o qual não teve êxito, nem mesmo na história das ideias.

Não obstante a prevalência do poder constituinte de caráter revolucionário, Rousseau e os românticos transformaram a legalidade peculiar do Estado numa metafísica do povo pela qual o Estado acabou reduzido à mera expressão do povo democrático ou da nação romântica, repelindo-se o dualismo Estado e povo.

A própria *volonté générale* rousseauniana demonstrou-se uma falácia, em termos de uma harmonia política e um acordo de vontades, anteriores ao Estado, fato que jamais ocorreu na realidade do povo, sempre marcada pelo antagonismo.

Concomitantemente, os ideais demoliberais de uma representação popular, como espelho da vontade de um povo e de um governo, nutriram-se da ficção de uma vontade popular sem contradições (HELLER, 1968:200 et seq.).

Hegel formulou o substrato teórico da metafísica do espírito do povo, no sentido estatal, referindo-se à liberdade subjetiva e à realidade da constituição, ao partir da premissa da existência do espírito, apenas no plano real, como o que conhece a si mesmo.

O Estado, como um espírito de um povo, consiste na lei que penetra em todas as suas relações, internalizando-se na moral e na consciência dos indivíduos.

Nessa linha de argumentação, a constituição de determinado povo depende do modo e do grau da consciência de si próprio, pois todo o povo tem a constituição que lhe convém e a que lhe compete (HEGEL, 1980: § 274).

⁹ Apesar de, neste primeiro momento, o voto ser censitário.

¹⁰ Contrato Social, Livro I, Cap. VI.

¹¹ Na acepção francesa.

Em síntese, o povo, enquanto Estado, deve ser compreendido como espírito em sua racionalidade substancial e em sua realidade imediata, constituindo-se no poder absoluto sobre o seu território (HEGEL, 1980: § 331).

Para Sabine (1964:483), os elementos do Estado hegeliano foram recebidos pela doutrina e jurisprudência alemãs na construção do *Rechtsstaat*, visando legitimar e realizar um alto nível de eficácia administrativa e, através do sistema judicial, concretizar os direitos públicos subjetivos, indispensáveis para o funcionamento econômico da sociedade civil no Estado liberal de direito.

Na dogmática alemã, coube a Jellinek atrelar povo ao exercício de direitos públicos subjetivos. Nesse sentido, procurou distinguir as funções do povo no paradigma Estado liberal de direito.

Subjetivamente, povo caracteriza-se como elemento da associação estatal, enquanto o Estado é sujeito do poder público.

Objetivamente, o povo deve ser objeto da atuação do Estado. Os indivíduos, pertencentes ao Estado, exercem duas funções básicas em relação a este: uma relação de subordinação, na qual os indivíduos, objetos do poder estatal, são sujeitos de deveres; e uma relação de coordenação, na qual os indivíduos, membros do Estado, são sujeitos de direitos (JELLINEK, 1954:304 et seq.).

Em síntese, aqueles indivíduos, submetidos ao poder do Estado e que participam simultaneamente de sua estruturação, exercem funções como sujeitos, sendo, pois, titulares de direitos públicos subjetivos, transformando-se em cidadãos ativos.

Esta concepção dogmática de definir povo através do exercício de direitos subjetivos é considerada equivocada por Kriele, porque Jellinek pretendeu desterrar exigências políticas da ciência jurídica, mas sem abandoná-las de todo.

Para Kriele (1980:132 et seq.), a outorga de direitos subjetivos a todos os nacionais é uma exigência fundada em razões políticas e morais, as quais foram ocultadas no conceito de Estado pela depuração dogmática, ao distorcer o conceito de povo. Por outro lado, todo o conceito de Estado que implica uma postulação ética, como sói acontecer no *Rechtsstaat*, coloca em xeque a universalidade do Direito Internacional.

No **paradigma constitucionalismo social**, para Biscaretti di Ruffia, o povo consiste em conjunto de pessoas que, dada a sua vinculação jurídica com o Estado, submete-se de modo permanente e institucional à autoridade do governo, qualificando-se pela aquisição de cidadania (1974:37 et seq.). De acordo com Groppali (1962:111), povo abrange aqueles indivíduos sujeitos à soberania estatal, mediante o vínculo da cidadania, vivendo tanto no seu território quanto no exterior.

No paradigma Estado democrático de direito, concebe-se o povo no sentido político e, simultaneamente, numa grandeza pluralística.¹²

No primeiro sentido, o povo age segundo ideias, interesses e representações de natureza política, ao passo que no outro sentido se configura na pluralidade de indivíduos que constitui o elemento pessoal e coletivo da comunidade estatal (VERGOTTINI, 1993:74).

Demonstra Canotilho (1998:69) que a grandeza pluralística contempla pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, grupos, igrejas, associações e personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas nos momentos de deliberação sobre a conformação constitucional de um Estado democrático.

9.2 Status de nacionalidade

O conceito de povo, apesar de sua ambiguidade, **compreende a totalidade dos que possuem o status da nacionalidade.**

Tal *status* pressupõe que a pessoa goze de determinados direitos, como nacional pertencente a um Estado, peculiares à cidadania ativa, tais como: de exercer, plenamente, seus direitos políticos, de reivindicar, como titular de direitos públicos subjetivos, seus direitos perante um tribunal nacional, de residir e trabalhar no território deste Estado, dentre outros.

A nacionalidade, ao proporcionar os direitos e deveres recíprocos entre o Estado e o nacional, diferencia-se dos indivíduos submetidos à jurisdição territorial, que por sua vez, além dos nacionais, abrange os estrangeiros e os que estão de passagem pelo território estatal.

Define-se a nacionalidade, portanto, como o vínculo jurídico político, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado, capacitando-a a exigir sua proteção e sujeitando-a ao cumprimento dos deveres impostos (PONTES DE MIRANDA, 1935:18 et seq.).¹³

Compete ao Estado constitucional decidir a quem outorgar a nacionalidade e quais direitos e deveres especiais devem regulá-la. As distintas regulações jurídicas, adotadas pelos Estados sobre a matéria, resultam na possibilidade de fenômenos tais como a dupla nacionalidade e a dos apátridas.¹⁴

Juridicamente, há dois polos opostos de definição de nacionalidade que determinam as condições de acesso à cidadania: o *ius sanguinis* e o *ius soli*.

¹² Expressão cunhada por Häberle.

¹³ Pontes de Miranda. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.

¹⁴ Ausência de nacionalidade.

A doutrina predominante preconiza duas espécies de nacionalidades: a primária ou originária e a secundária ou adquirida.

A **nacionalidade primária** vincula-se à origem ou nascimento do indivíduo, através de critérios sanguíneos, territoriais ou mistos.

Pelo primeiro critério, *ius sanguinis*, outorga-se a nacionalidade do Estado ao descendente de nacionais, independentemente de seu local do nascimento.

Pelo segundo critério, *ius soli*, terá direito à nacionalidade do Estado o indivíduo nascido no território estatal, independentemente da nacionalidade de sua ascendência.

Este critério, mais aberto, facilitou a imigração e a aquisição de cidadania nas Américas. A Constituição brasileira, em regra, adotou este critério.

Até o fim da Segunda Guerra, na Alemanha, destroçada pelo nazismo, em demonstração incontestada de xenofobia, distinguiam-se: *deutschen*, cidadãos descendentes de alemães; *reichsdeutschen*; cidadãos alemães não descendentes de germânicos, e *volksdeutschen*, descendentes de alemães que viviam em outros países.

A **nacionalidade secundária** adquire-se por vontade própria, após o nascimento e, geralmente, pelo processo de naturalização (MORAES, 2005:189).

A concessão da naturalização, por sua vez, apresenta-se como manifestação do poder discricionário estatal.

9.3 Distinção entre os conceitos de povo e de nação

O conceito de nação se avizinha do conceito de povo. No entanto, há distinção entre ambos, pois nação representa um conceito de natureza político-sociológica, vinculando-se ao conceito empírico de povo, sendo, consoante Disraeli, obra de arte e do tempo.

Deve-se ao abade Sieyès, em *Qu'est-ce que le tiers état* (1982:31 et seq.), a inserção na Teoria do Estado da concepção moderna de nação, consistindo num corpo de associados, submisso à lei comum, caracterizando-se por ser representado pela mesma legislatura. A nação, pelo fato de ser tudo o que podia ser, estaria acima de tudo o mais, sendo a origem de tudo. A sua vontade seria sempre legal, pois ela mesma seria a lei.

Historicamente, o termo *nação*, ao retratar o povo como unidade homogênea, foi recepcionado, nos primórdios da Revolução Francesa, por Sieyès e pela Assembleia Geral como figura de argumentação, que se propunha a dirimir a contradição entre o *pouvoir constituant* e o *pouvoir constitué*. Assim, delineou-se o conceito de nação, em seu significado especificamente político, como sujeito do Estado nacional (MÜLLER, 1998:53).

Para Hegel (1980: passim), o gênio ou espírito da nação,¹⁵ que atua por intermédio dos indivíduos, mas independente substancialmente de sua vontade e intenção conscientes, é o verdadeiro criador do direito, da arte, da moral e da religião. Dialeticamente, deveriam ser demonstradas as realizações de cada nação como um elemento de uma civilização mundial em vias de progresso.

Depreendem-se da filosofia política de Hegel dois elementos significativos para a Teoria do Estado: a **dialética**, exposta como método capaz de produzir novas conclusões demonstráveis nas ciências sociais; e **uma teoria de Estado nacional como encarnação do poder político** (SABINE, 1964:457).

Adverte Heller sobre a confusão produzida na Teoria do Estado, a partir de Rousseau e do romantismo, quando se passou a atribuir ao povo, como nação, personalidade com sensibilidade e consciência, vontade política e capacidade política de agir.

O povo converteu-se, portanto, de maneira metafísica, em uma comunidade de vontade *a priori* e em uma unidade política preexistente, o que não corresponde à realidade presente ou passada (HELLER, 1968:198).

Tal concepção, desde então, além de conduzir à divisão do mundo em Estados nacionais, tornou-se um dos mais significativos ícones políticos dos tempos modernos, a cuja sombra têm-se abrigado movimentos nacionalistas e os mais variados regimes autocráticos.

Os movimentos nacionalistas refletiram o romantismo político de unidade nacional, ao inspirar P. S. Mancini, em 1851, a preconizar o princípio das nacionalidades, enfatizando as nações como obra de Deus, ao passo que os Estados, entidades arbitrárias e artificiais, teriam sido criadas frequentemente pela violência e pela fraude.

Nessa linha de reflexão, nação consistiria em sociedade natural de homens com unidade de território, de costumes e de língua, estruturados numa comunidade de consciência social. Nessa perspectiva, a nação, em vez do Estado, deveria ser entronizada como sujeito do Direito Internacional.

O princípio das nacionalidades, substrato para o princípio da autodeterminação dos povos, foi marco teórico da ação política de unificação da Itália, sob a liderança de Cavour,¹⁶ e da reconstrução do império germânico por Bismark.¹⁷

A ideia de “nação do povo”, ao longo do século XIX, arrebatou a imaginação das massas, com efeitos diferenciados. Configurou-se em motor das lutas

¹⁵ “*Volksgeist*”.

¹⁶ Consoante Mancini.

¹⁷ Influenciado por Bluntchli, que defendia como pressuposto ideológico do princípio das nacionalidades a premissa de que toda nação era destinada a formar um Estado, o qual devia ser compreendido como a nação politicamente organizada.

de democratização, ao produzir, gradualmente, e através de distintas estratégias de incorporação, a passagem do *status* de súdito para o de cidadão, com a pretensão de generalizar a participação política.

No mesmo movimento, a política democrática nacionalizou-se. Ao intercambiar os termos *povo* e *nação*, tornou-se portador ambíguo do republicanismo e do nacionalismo, dois componentes que operam juntos, embora com sentidos diferentes.

Em seu primeiro sentido, de caráter legal e político, proporcionou a legitimação democrática – a **nação de cidadãos, legalmente capacitados para exercer seus direitos e obrigações.**

Em outro sentido, de caráter pré-político, induziu a integração social – a **nação herdada ou atribuída, moldada em identidade comum.**¹⁸

Desde a concepção romântica de nação de Mancini até a Segunda Guerra, predominavam dois critérios jurídicos determinantes para a compreensão da nação: o **subjetivista**, que contempla elementos históricos, interesses comuns e laços espirituais; e o **objetivista**, com seus elementos étnicos, linguísticos e religiosos.

Renan (1947:904) foi quem melhor expôs o critério subjetivista, ao demonstrar a essência de uma nação como uma alma, um princípio espiritual,¹⁹ concernentes à posse em comum de um rico legado de recordações, a um sentimento atual, ao desejo de viver juntos e à vontade de continuar fazendo valer a herança que se recebeu indivisa.

Na mesma corrente subjetivista, M. Hauriou (s/d:31), ao realçar o aspecto psicológico, define nação como grupo da população fixado no solo, unido por um laço de parentesco espiritual, que desenvolve o pensamento de unidade do mesmo grupo.²⁰

Conforme Heller (1968:197), o critério subjetivista, adotado para concepção de nação, acaba privando o povo da realidade que o rodeia ao situá-lo exclusivamente na esfera subjetiva da consciência e da decisão volitiva.

Carré de Malberg (1948:22) diverge do critério subjetivista e, dogmaticamente, concebe nação, à semelhança de povo, como conjunto de homens ou populações que formam um Estado e constituem-se em sua substância humana.

Enaltecendo os traços específicos da alma alemã, Gobineau, Wagner e Chamberlain estabeleceram o marco teórico do critério objetivista, ao assinalar que a nação, como formação política, normalmente gera a raça ou conduz às mais altas e individuais ações raciais.²¹

¹⁸ Etnia, língua, costumes e tradições culturais e históricas.

¹⁹ “*Une âme, un principe spirituel.*”

²⁰ O critério subjetivista até hoje norteia a concepção francesa de nação.

²¹ Vide Chamberlain, H. St., *Die Grundlagen*, 1. ed., Jahr 1899.

O critério objetivista, esposado na doutrina alemã por Günther²² e Hauser,²³ fomentou o pangermanismo, fundado no sentimento de grandiosidade intelectual, militar, econômica e na teoria da superioridade do povo alemão, recorrendo a elementos passionais pertinentes ao racismo e à xenofobia.

Na doutrina italiana, seguindo o critério objetivista, Groppali (1962:112) observa que nação indica uma unidade de caráter cultural, religioso, étnico, linguístico, formada por uma pluralidade de indivíduos ligados entre si por vínculos de sangue, de língua e de cultura e pela consciência de pertencerem à mesma coletividade. Bozzi (1965:24) anota no conceito de nação o mesmo sentimento derivado da comunhão de tradição, de história, de língua, de religião, de literatura e de arte, que são fatores agregativos pré-jurídicos.

A concepção objetivista de nação, principalmente a ligada à nação racial, permitiu o desenvolvimento da doutrina autoritária do nacional-socialismo, tendo o povo, enquanto unidade étnica e de identidade de sangue, como elemento fundamental de sua organização.

Os pressupostos da nação racial, isto é, comunidade popular de sangue e de raça,²⁴ vinculavam-se às noções de povo²⁵ e da comunidade.²⁶

O conceito de povo degenerou-se pelo nazismo, como uma realidade ética, baseada em princípios de caráter racista. Em busca da comunidade, houve a "entificação" do povo, a sustentação do coletivo,²⁷ a existência de total comunhão entre os que participavam do "espírito do povo", através de sua encarnação, e identificação, com o ser superior vivo e real.

A passagem deste "espírito do povo" para a esfera do poder político se fez através da figura do "Führer", que assumiu a direção e guia²⁸ do povo germânico (DÍAZ, 1986:77).

Com a ascensão e queda do nazismo, restou demonstrada a insuficiência dos critérios objetivos utilizados para a compreensão de nação, os quais, além de sua degeneração para o racismo e a xenofobia, implicavam somente certas hipóteses e possibilidades de uma conexão do povo.

Após a barbárie da Segunda Guerra, em que se desmitificou o nazismo e sua concepção de nação racial, pretende-se, através da construção doutrinária, elaborar e fixar conceito de nação, de forma mais democrática.

²² Vide Günther, in *Rassenkunde d. deutsch. Volkes*, 1. ed., 1922.

²³ Hauser, Otto, in *Rasse und Kultur*, 1924.

²⁴ *Volksgemeinschaft*.

²⁵ *Volks*.

²⁶ *Gemeinschaft*.

²⁷ *Volksgeist*.

²⁸ *Führung*.

Na doutrina alemã, conforme Kriele (1980:134), a nação é o povo que adquiriu consciência de si mesmo. A unidade da nação é a história vivida e sofrida em comum, alicerçada na vontade e na consciência de pertencer à mesma comunidade.

Na doutrina francesa, ainda influenciada pelo critério subjetivista, A. Hauriou (1968:91) considera nação um grupo humano, no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços materiais e espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais. Para Burdeau (1972:19), a nação se alicerça no sentimento de solidariedade que une os indivíduos em sua vontade de viver em comum.

Na doutrina italiana, consoante Mortati (1962:1962), nação exprime uma mera realidade sociológica, tendo como referencial o interesse e o sentimento comum que caracterizam a nacionalidade como específico fator de agregação. Vergottini (1993:74) verifica no conceito de nação a prevalência de características histórico-culturais, além das étnicas e políticas.

Na doutrina brasileira, Miguel Reale (1960:158) conceitua nação como comunhão formada por laços históricos e culturais, alicerçada em sistema de relações históricas de ordem objetiva. Alexandre Moraes (2005:189), na mesma trilha, a define como agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos. Dallari (1998:96) adverte que o termo *nação* é incorreto no sentido de definir povo, tendo tão somente pertinência a uma comunidade histórico-cultural.

Em relação ao conceito de nação, ainda, perdura uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural a que se pertence por origem e destino.

Esta tensão só há de ser superada com a leitura hermenêutica adequada dos princípios constitucionais dos direitos humanos e da democracia, ao ensejar a concepção cosmopolita de uma nação de cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica de uma entidade pré-política. (HABERMAS, 1995a:94).

9.4 O povo na Constituição brasileira

No Estado constitucional, construído pelas revoluções burguesas, o povo deve atuar como sujeito de dominação, isto é, afirmar-se como titular do poder soberano, através de seus representantes ou diretamente, sedimentando o substrato do aparelho ideológico do Estado democrático.

A democracia no Estado constitucional, fundada no princípio da representação, implica premissa de que os órgãos do Estado não pretendem ser povo, mas representá-lo, fazê-lo presente, isto é, atuar em lugar do povo, em seu nome e em seus interesses (KRIELE, 1980:339).

Müller (1998:50 et seq) questiona a eficácia dessa atuação do povo, em sua concepção unitária, fragmentada ou imaginária, ao procurar fazer democrático o ordenamento de poder-violência (*Gewaltordnung*), representado pelo Estado.

Há uma tendência reacionária para reduzir povo ao conjunto dos cidadãos, ao corpo eleitoral, como se os membros deste fossem entidades abstratas, desvinculadas da realidade que os cerca (SILVA, 1999:139).

Desmitifica-se tal tendência enquanto jogo político, quando a legitimidade popular, cerne do Estado constitucional, mascara a realidade estatal, ao camuflar a luta de classes peculiar ao capitalismo, mesmo em mundo globalizado.

Não obstante, a participação popular deve legitimar o texto constitucional, de acordo com o preâmbulo da Constituição Federal, de 1988, promulgada pelo povo brasileiro, por intermédio de seus representantes, reunidos em Assembleia Geral Constituinte, com o intuito de instituir o paradigma Estado democrático brasileiro.

O art. 1º e seu parágrafo único do Título I da Carta Magna vigente dispõe que a República Federativa do Brasil configura Estado democrático de direito no qual todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente.

As técnicas de representação, de instituições e de procedimentos assinalam as funções do povo, ao abranger a totalidade dos eleitores, como fonte de determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas.

Assim, ao povo cabe também legitimar as funções legislativas e executivas, mediante eleições livres e periódicas, projetos de iniciativa popular, plebiscito e referendo.

Caracterizam-se, pois, constitucionalmente, como povo ativo os detentores da nacionalidade brasileira, consoante o Título I, Cap. IV, art. 14, §§ 2º e 3º da Carta Magna.

Na estrutura de legitimação, o povo ativo elege seus representantes, de cuja atividade, no âmbito legislativo, resultam os textos das normas, os quais devem ser implementados nas diferentes funções do aparelho ideológico do Estado.

Entretanto, os textos jurídicos não são capazes, por si mesmos, de transformar o mundo.

Os destinatários das normas e dos atos estatais são todos os nacionais, considerados em se conjunto, ou seja, o povo, que, devidamente organizado, tem condições de transformar a realidade.

Quem seria esse povo, que legitima, em termos democráticos, o texto constitucional brasileiro e sua legislação infra-constitucional?

Müller (1998:50) demonstra que o texto constitucional democrático, em busca de sua legitimidade, ao recorrer ao poder constituinte originário, alicer-

çado na soberania popular, contrasta com a realidade estatal. A constituição democrática, contraditoriamente, atribui a si mesma a legitimidade popular, sem especificar o poder do povo, silenciando-se sobre o alcance dessas atribuições no cotidiano do cidadão comum.²⁹

Nessa linha de argumentação, a invocação do povo, em termos de legitimidade, para sacramentar atos estatais, quando não são obedecidos os ditames democráticos, configura-se como práxis icônica.

O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo, em mitificar e sacralizar o seu papel e em esteriotipar sua imagem de **bom e ordeiro**.

Em país como o Brasil, demarcado pela exclusão social, povo torna-se conceito vago, que, diante do silêncio da Constituição sobre suas atribuições no Estado democrático de direito, deve ser compreendido à luz da realidade constitucional.

Povo, em sentido democrático, pressupõe a totalidade dos que possuem o status da nacionalidade, os quais devem agir, conscientes de sua cidadania ativa, segundo ideias, interesses e representações de natureza política.

Todavia, na história constitucional brasileira, jamais o povo adquiriu consciência de sua própria cidadania ativa.

Desde a Constituição outorgada por D. Pedro I, faz-se menção ao povo como titular do poder soberano, apesar da constante sonegação da cidadania ativa para a maior parte da população.³⁰

Na época imperial, o voto censitário ocultava a majoritária população escrava e outros segmentos marginalizados, excluídos de qualquer participação no poder.³¹

A título ilustrativo da exclusão social no Império, Freyre (1983:51) descreve a forma de dominação dos senhores de engenho no tocante aos escravos:

“Transformava-se o sadismo do menino e do adolescente no gosto de mandar dar surra, de mandar arrancar dente de negro ladrão de cana, de mandar brigar

²⁹ Müller (1998:57), em sua obra *Quem é o povo*, metaforicamente, denuncia a exclusão social de 4.000.000 de turcos na Alemanha, os quais são destituídos da cidadania, desmitificando o Estado democrático alemão: “Estrangeiros, que vivem permanentemente aqui, trabalham e pagam impostos e contribuições, pertencem à população. Eles são efetivamente cidadãos (*faktisch Inländer*), são atingidos como os cidadãos de direito (*rechtliche Inländer*) pelas mesmas prescrições ‘democraticamente’ legitimadas. A sua exclusão de povo ativo restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática.”

³⁰ As constituições semânticas de 1824, do Estado Novo de 1937 e da ditadura militar de 1967 referem-se ao povo como titular do poder soberano.

³¹ No Império, a elite branca se constituía em menos da terça parte da população brasileira em relação aos escravos negros e seus descendentes mestiços.

na sua presença capoeiras, galos e canários – tantas vezes manifestado pelo senhor de engenho quando homem feito; no gosto de mando, característico de todo o brasileiro nascido ou criado em casa-grande de engenho.”

Verifica-se, portanto, que a tradição política brasileira jamais demonstrou acentuado apego às virtudes políticas e de amor à igualdade, em favor de instituições democráticas.

O “*feudalismo achamboado*” brasileiro³² afirmou, desde sempre, com solidez e crueldade, uma desigualdade fundamental, fundada na propriedade rural, que não podia subsistir sem a escravidão (BENEVIDES, 1996:193).

Na República Velha, o coronelismo e as eleições “*bicos de pena*” continuavam a tratar o povo como massa amorfa, que deveria ser representada por minorias cultas e oligárquicas.

A abolição da escravidão, apesar de implodir o império brasileiro, não introduziu o princípio da igualdade nas relações sociais e econômicas. Ao contrário, a dominação rural transportou-se para as cidades, passando a permear as relações sociais, econômicas, políticas e culturais (BENEVIDES, 1996:193).

Com a Revolução de Vargas, o povo brasileiro ficou à mercê da cidadania social de cunho corporativista e assistencialista, que castrou os movimentos sociais, principalmente o sindical.

A Constituição social-democrata de 1946 ampliou a cidadania social, ao estimular, na década de 50, um crescimento econômico sem precedentes na história brasileira, ensejando processo de ascensão social para segmentos populares marginalizados.

Alguns setores organizados da sociedade civil brasileira, comprometidos com os anseios populares, reivindicaram, na década de 60, reformas de base que viabilizassem distribuição de rendas e modernizassem o capitalismo nacional, tendo como resposta o golpe militar de 1º de abril de 1964.

O regime militar de 1964 tutelou o povo brasileiro, sonogando-lhe as liberdades públicas e favorecendo a concentração de rendas nas mãos da burguesia nacional.

Na década de 80, forças políticas vinculadas à resistência democrática, es-tribadas no movimento sindical, lograram a derrocada da ditadura militar.

A Constituição de 1988 teve como substrato a perspectiva da cidadania plena e coletiva, que se diluiu nas políticas públicas equivocadas perpetradas por governos populistas e se destroçou nas reformas constitucionais neoliberais que degeneraram a sua constituição econômica.

Indaga-se: a Constituição cidadã de 1988, apesar de seu extenso e significativo catálogo de direitos fundamentais, ainda possui força normativa para

³² Na expressão de Euclides da Cunha.

consolidar o Estado democrático de direito? O povo brasileiro usufrui, efetivamente, de sua cidadania ativa, fortalecendo suas instituições políticas?

A força normativa da Carta de 1988 contrapõe-se às arbitrariedades cometidas pelos eventuais detentores do poder, principalmente graças às execráveis medidas provisórias e emendas constitucionais, exigindo-se, portanto, um Judiciário independente e imparcial para resgatar o primado da Constituição em relação aos atos estatais e ao legislador.

Nos poderes executantes (Executivo e Judiciário), a dominação do povo, através da cidadania ativa, deve operar-se mediante prescrições capazes de justificação democrática implementada em decisões compatíveis ao paradigma Estado democrático de direito.

Para Müller (1998:60), no Estado democrático de direito, o jurista não pode “*brincar de pretor romano*”, pois os poderes executantes, além de instituídos e controlados conforme o Estado de direito, estão também comprometidos com a democracia.

Todo cargo público, inclusive a magistratura, representa o povo e decide em seu nome. A representação democrática está caracterizada, primordialmente, pela obrigação de obedecer às leis, legitimadas democraticamente (KRIELE, 1980:33).

Os funcionários, no exercício de seus cargos públicos, estão autorizados a utilizar-se da liberdade de interpretação das leis e, conforme o caso, de exercer seu poder discricionário, mas não arbitrariamente.

A liberdade de atuar se complementa com a responsabilidade que todos os representantes possuem perante os seus representados, isto é, os funcionários devem defender e preservar os interesses do povo, arcando com as consequências de seus atos.

A representação democrática está vinculada, pois, ao conceito de função, que se expressa no juramento e no *ethos* democrático dos funcionários públicos, o qual contém três requisitos: o cumprimento da lei, a preservação do interesse público e a decisão imparcial e justa (MÜLLER, 1998:339).

Demonstrado o significado da representação democrática, há de se delinearem caminhos indiretos para reduzir a distância entre a Constituição brasileira e a realidade constitucional.

Por isso, há de se defender a Constituição vigente, como centro de mobilização e de integração política de uma sociedade democrática, no sentido do desenvolvimento de um *patriotismo constitucional*.

Nessa linha de reflexão, devem-se repudiar equívocos, tais como a proposta de convocação de miniassembleia constituinte, sob pena de minar a própria legitimidade jurídico-política do texto constitucional.

A crise institucional, que se apresenta no Brasil, não decorre de deficiências da atual Constituição, mas dos equívocos em sua interpretação.

Daí surge uma contradição no discurso da democracia, quando os governantes, os funcionários públicos e os juízes, democraticamente vinculados ao texto constitucional, não legitimam seus mandatos em face de sua atuação.

O ciclo da legitimação se rompe quando os vínculos são cortados, de forma não democrática, a partir do momento em que a decisão executiva ou judicial foge dos limites da discricionariedade ou da sua fundamentação legal.

O povo invocado, para legitimar a atuação deste detentor de poder ("Em nome do povo, decreto...[...] Em nome do povo, profiro a seguinte sentença..."), produz somente o efeito de um **ícone, de um mera manipulação ideológica**.³³

A participação popular, através do exercício da cidadania ativa, pode ser ampliada, implicando novas formas de cogestão e controle dos serviços públicos, visando à construção de governo popular, em todas as esferas de poder, que tenha como meta a efetivação de mecanismos que resultem em processo gradativo de inclusão social.

Dentre estes mecanismos, deve-se incrementar a participação popular decisiva, concretamente normatizada, em associações e partidos políticos, bem como fortalecer os Municípios e Estados no contexto federativo.

As associações de bairros, sindicatos, ONGS, comissões de direitos humanos e, principalmente, os movimentos sociais, como os do sem-terra, devem se articular na sociedade civil brasileira, com o propósito de, politicamente, concretizar discurso e práxis de inclusão social, no sentido de superar as tensões sociais que conspurcam a democracia.

Os partidos políticos brasileiros, salvo algumas honrosas exceções, devem ser reformulados, pois carecem de programas ideológicos que representem os diferenciados segmentos da opinião pública. Esses partidos, ao invés de se alcerarem em bases populares, atrelam-se, geralmente, às oligarquias rurais e a grupos econômicos, com a intenção sub-reptícia de manipular o sistema eleitoral e desvirtuar a formação da vontade política do povo.

Há de se erigir, ainda, novo pacto federativo no Brasil, trazendo consigo o resgate da autonomia dos Municípios e dos Estados, os entes federativos mais próximos do cidadão comum e a consolidação do poder local e regional, democratizando as competências reservadas a eles pela Constituição.

³³ O povo, na leitura de Habermas, como um fluxo comunicativo, envolve, de forma permanente, o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras. A estrutura aberta do sujeito constitucional surge como alternativa para que se possa dar curso a essa necessária articulação entre democracia e constitucionalismo.