

Interconstitucionalidades

Por um Tribunal Constitucional Internacional *

PAULO FERREIRA DA CUNHA **

(...) on ne compte plus les Etats qui transgressent allègrement les principes juridiques qu'ils ont ratifiés dans des traités. Sans doute le temps est-il venu de faire appliquer ces règles, non pas avec des canonniers, mais en recourant à l'arme du droit.

Monique Chemillier-Gendreau¹

Resumo: A expressão do título, no singular, evoca já várias ideias de hibridação.² Uma delas é a Constituição em rede (na horizontal), e o constitucionalismo multinível³ (esse na vertical).

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 251-272.

* Na redação deste artigo respeitou-se o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, tendo-se adotado, nos raros casos de pluralidade de soluções, a sua variante europeia. Este estudo corresponde integralmente e apenas com pequeníssimas atualizações e correções de gralhas ao texto científico original com que nos candidatamos a um concurso para Professor da Universidade Católica de Santos, tendo sido classificado em primeiro lugar, depois das várias provas, de entre mais de uma dezena de candidatos, todos doutores em Direito. Porém, tendo tido entretanto outras propostas, acabaríamos por não ocupar o lugar.

** Professor da UAM (Laureate International Universities), Coordenador do Projeto de Pesquisa "Fundamentação do Direito e Contrato Constitucional Internacional" (Bolsista da FUNADESP na FADISP), Catedrático Fundador do IJI da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Obliger les Etats à tenir parole*. "Le Monde diplomatique", setembro de 2013.

Mas pretendemos fazer apelo a e prática de uma ainda maior polissemia, e isso justifica o plural: entre o Internacional (*Inter*) e o Constitucional (*Constitucionalidades*),⁴ num diálogo e sinergia entre esses dois clássicos ramos do Direito, quiçá a caminho de um *novum* epistémico. Porém, mais que prospeções teóricas, interessa-nos no presente artigo: primeiro (I), enunciar e superar as teses nacionalistas e soberanistas anti-internacionais, que nos parecem antes de mais pouco jurídicas e refutadas pela integração jurídica internacional já em curso; e depois (II) avançar o projeto de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI), não apenas expondo o essencial do seu projeto, o interesse e utilidade de uma tal instituição, assim como as questões em aberto, que poderão interessar mais pesquisadores, diplomatas e agentes políticos internacionais.

Palavras chave: Tribunal Constitucional Internacional, Interconstitucionalidade, Soberanismo, Direito Internacional Constitucional, Direito Constitucional Internacional

² Há múltiplas linhas de abordagem que a expressão "Interconstitucionalidades" (que evoca também "intertextualidades" - e muito também disso se trata) procura denotar e conotar. De entre elas, por exemplo, BRYDE, Brun-Otto. *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*. "Der Staat", n.º 42, 2003, p. 61 ss.; BUSTOS GISBERT, Rafael. *La Constitución Red: Un Estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005; BOGDANDY, Armin. *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*. "Harvard International Law Journal", vol. 47, n.º 1, 2006, p. 223 ss.; KLABERS, J. et al. (eds.). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2008. Coerentemente com a perspetiva polisémica e pluralista de "Interconstitucionalidades", não cremos que ela, *hoc sensu*, se oponha a outros conceitos afins explicativos destes fenómenos. Cf., v.g., NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³ Cf., v.g., PERNICE, Ingolf. *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism. A Legal Response to the Challenges of Globalisation*. in *Völkerrecht als Wertordnung /Common Values in International Law: Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, pp. 973-1006.

⁴ Em língua portuguesa apenas, e em muito diferentes claves (e também tempos diversos), cf. MELLO, Celso D. Albuquerque de. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994; QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Para as palavras, poderíamos recuar a CALOYANNI, Mégalos A.. *L'Organisation de la Cour Permanente de Justice et son avenir*. in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1931, vol. IV, t. 58, p. 734, Paris: Sirey, 1931 e a MIRKINE-GUETZÉVICH, B.. *Droit international et droit constitutionnel*. in *Ibidem*, p. 449 ss., o qual também escreveria um livro com o título *Droit Constitutionnel International*, editado em Paris em 1933. Mas o que hoje está em diálogo é bem mais profundo, correspondendo a um novo paradigma, no contexto de uma "mudança de idade" do Direito em geral, a que aludiremos *infra*.

I. Psicologia dos Soberanismos⁵

1. Do Preconceito Anti-internacional

As novas ideias doutrinárias, e mesmo as novas correntes jurisprudenciais esbarram por vezes com um peso morto, uma resistência passiva (que por vezes se volve em ativa) que não é, na sua essência e mais profunda determinação, sequer jurídica, mas releva da psicologia, e por vezes ganharia com uma psicologia das *profundezas*.⁶ É uma força de resistência, de quietismo. Já a rainha portuguesa D. Maria I (contudo impulsionadora de uma grande mas frustrada revisão das Ordenações⁷), advertida quanto a tais resistências, tinha precavido os reformadores de fazerem leis que não pudessem vir a ser bem assimiladas pelos mais velhos juizes dos tribunais superiores... Não tem sido suficientemente sublinhada a importância do subconsciente, ou

⁵ Utilizamos a expressão em termos latos, não como ela nasceu no Canadá, mas com as conotações que depois foi ganhando na Europa, e sobretudo em França. Há, evidentemente, um soberanismo militante, antifederal e antiglobalizador, e um soberanismo *souple*, inconsciente, mais conservador que reacionário. Daí usarmos o plural. Em qualquer dos casos, como tem sido sublinhado, os soberanismos podem ser até jacobinos. Parece que os soberanismos serão a ideologia moderna e mais específica dos velhos nacionalismos (não confundir com patriotismos: o general De Gaulle terá dito que a diferença é que o patriota ama a sua pátria acima de tudo, enquanto o nacionalista acima de tudo odeia as outras; e acrescentaríamos: o que não quer dizer que este último realmente ame a sua pátria, ou a ame bem). Cf., em geral, COÛTEAUX, Paul-Marie. *La puissance et la honte. Trois lettres françaises*. Paris: Michalon, 1999; JOLY, Marc. *Le souverainisme. Pour comprendre l'impasse européenne*. Paris: François-Xavier De Guibert, 2001; COÛTEAUX, Paul-Marie / ABITBOL, William Abitbol, *Souverainisme j'écris ton nom*. Paris: "Le Monde", 23 de março de 2000. Evidentemente que, na base de tudo, haveria que estudar os nacionalismos e o sentimento nacionalista e o seu aproveitamento, nomeadamente populista e demagógico. V., por todos, HERMET, Guy. *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, trad. port. de Ana Moura, *História das Nações e do Nacionalismo na Europa*. Lisboa: Estampa, 1996. Do lado mais jurídico, e moderno (ou pós-moderno), cf. GRIMM, Dieter. *The Constitution in the Process of Denationalization*. "Constellations". 2005, p. 447 ss.; HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos*. tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; MacCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁶ Cf., uma abordagem psicológico-doutrinal in PHILIPPS, Lothar. *Sobre os Conceitos Jurídicos Nervosos e Fleumáticos*. Porto: Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, vol. 1, s.d., p. 73 ss.. Mais geral é SANTOS, Delfim. *Psicologia e Direito*, in *Obras Completas*, vol. III. *Do Homem, Da Cultura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 11 ss.

⁷ Revisão que contudo viria a não se concretizar na prática. Nomeadamente depois da chamada questão do Novo Código, que oporia sobretudo Melo Freire e Ribeiros dos Santos numa "formidável sabatina". Cf. o nosso livro *Constitution et Mythe*. Quebec. Presses de l'Université Laval (PUL), 2014.

mesmo do inconsciente coletivo no que tange às posições jurídicas, mesmo assumidas doutrinariamente⁸. No fundo, aqui é o peso do hábito e do preconceito.⁹

É possível que todas as grandes teses, teorias, correntes e movimentos tenham alguns monstros (mais ou menos sagrados) a combater, pelo menos no plano retórico.¹⁰ Grande parte do percurso intelectual da humanidade, e artístico até, se tem feito na oposição, e por vezes na dupla oposição a dois polos que se contestam, como que numa reivindicação aristotélica do *mesotes*,¹¹ o meio termo, ante dois exageros que correspondem ao vício, e de que emerge, no meio, a própria virtude. É esta, como se sabe, a grande lição das *Éticas a Nicómaco*,¹² obra que (sobretudo o seu livro V), segundo Mário Bigotte Chorão,¹³ deveria ser de leitura obrigatória para todo o jurista.

No terreno do Direito Internacional (*latissimo sensu*) e das suas aberturas e conexões, apesar do quanto se tem evoluído nos últimos tempos, ultrapassando *tabus* que pareciam firmados (quem acreditaria que a Europa teria em boa parte do seu território uma moeda única, quem vislumbraria a existência e funcionamento de um Tribunal Penal Internacional, quem pensaria que Pinochet poderia ser incomodado na sua velhice por tribunal estrangeiro!) persistem ainda muitos obstáculos, que são essencialmente do terreno do não pensado, do não amadurecido, do não racionalizado, e

⁸ O mesmo, porém, já não se pode dizer da política. JUNG, C. G. *A Psicologia da ditadura*, in William McGUIRE/R.F.C. HULL. *C. G. Jung: Entrevistas e Encontros*, trad. port. de Álvaro Cabral, São Paulo: Cultrix, 1982; SAMUELS, Andrew. *A Política no Divã. Cidadania e Vida Interior*. trad. port. de Filipe José Lindoso. São Paulo: Summus, 2002. E até VOVELLE, Michel. *La mentalité révolutionnaire. Société et mentalités sous la Révolution Française*. Paris: Messidor, 1985, trad. port. de Regina Louro, *A Mentalidade Revolucionária. Sociedade e mentalidades na Revolução Francesa*. Lisboa: Ed. Salamandra, 1987; ROMERO, Jose Luis. *Estudio de la Mentalidad Burguesa*. Madrid: Alianza, 1987; VOVELLE, Michel. *Ideologies and Mentalities*, in *Culture, Ideology and Politics*, ed. por Gareth Stedman Jones / Raphale Samuel. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1982.

⁹ Desenvolvemos a questão no nosso recente livro *Desvendar o Direito. Iniciação ao Saber Jurídico*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

¹⁰ Num campo tão diverso deste nosso (ou talvez não...) como a História da Arte parece afirmá-lo o clássico GOMBRICH, E. H. — *The Story of Art*, 9.^a ed., Londres, Phaidon, 1995, trad. fr. de J Combe e C. Lauriol, *Histoire de L'Art*, nova ed. revista e aumentada, Paris, Gallimard, 1997, p. 9.

¹¹ ILIOPOULOS, Giorgios. *Mesotes und Erfahrung in der Aristotelischen Ethik*. Atenas: φιλοσοφία, n.º 33, 2003, p. 194 ss.. E o clássico AQUINO, Tomás de. *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, trad. cast. de Ana Mallea, estudo preliminar e notas de Celina A. Lértora Mendoza, *Comentário a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona: EUNSA, 2000.

¹² Pessoalmente, costumamos usar a edição ARISTOTE. *Ethique à Nicomaque*. 6.ª tiragem, Paris: Vrin, 1987.

¹³ CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986; Idem. *Introdução ao Direito, I. O Conceito de Direito*. Coimbra: Almedina, 1989.

portanto são barreiras muito sólidas contra as inovações, ou, pelo menos, certas inovações.

Um dos "bichos papões" que se agitam contra qualquer passo de internacionalização costuma ser o espectro de um governo mundial, de um *Big Brother* à escala planetária. As distopias largamente glosaram o tema e o pintaram com cores terríveis. E a distopia passou para os mais novos e impregnou o imaginário de alguns. Apenas um exemplo: Em *Le piège diabolique*, Jacobs¹⁴ apresenta um estado mundial futuro totalitário, capaz de ler as mentes, de comandar hipnoticamente as vontades, servido por uma sofisticadíssima tecnologia da matéria e do espírito. Perante este tipo de ficções, fica-se certamente vacinado quanto a essa forma de "nova ordem mundial", mas pode-se também cair no pecado simétrico, o do isolacionismo internacional.¹⁵ Pode instalar-se o preconceito pelo qual tudo o que caminhe no sentido de alguma integração, mesmo de alguma cooperação internacional é perverso e um passo para o triunfo desse estado universal totalitário, que não deixa espaço sequer para a dissidência, e face ao qual, já que cobrindo a Terra inteira, não haveria lugar para o exílio.

Além do espectro futuro e meramente utópico de um perigo de integração mundial plena, há ainda, evidentemente, um fantasma que se funda no passadismo, atido à primazia absoluta do direito interno e até a um certo divórcio entre direito internacional e direitos nacionais.¹⁶

¹⁴ JACOBS, Edgar P. *Le piège diabolique*. Bruxelas: Lombard, 1962. Livro aliás então proibido de importação pela França "en raison des nombreuses violences qu'il comporte et de la hideur des images illustrant ce récit d'anticipation". Cf. Idem. *Un Opéra de papier*. Paris: Gallimard, 1981, p. 100.

¹⁵ RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional: A Influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos Princípios Democráticos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (tese de doutoramento defendida a 30 de setembro de 2014, tendo como arguentes o Prof. Doutor Jorge Miranda e nós próprio), máx. p. 192 ss. O autor alude sobretudo a uma "arrogância revolucionária", mas pode haver outras formas de isolacionismo (até a esta simétricas), além de que nem toda a afirmação nacional e regional o é, necessariamente.

¹⁶ É o que se pode ver, entre muitos, em STRUPP, Karl. *Éléments du droit international public universel, européen et américain*. Paris: Arthur Rousseau, 1927, afirmando nomeadamente, p. 15: "La prétendue primauté du Droit international public (Kelsen) est une simple opinion. Le Droit international public ne s'adresse qu'aux sujets de ce droit (...), le droit national ne s'adresse qu'aux organes de l'Etat et aux citoyens. Ce sont des sphères distinctes (...) qui sont en contact intime mais qui ne se confondent jamais". Como se opiniões contrárias não fossem também... "opiniões". O mesmo autor também não acredita, por exemplo, em codificações universais do Direito Internacional Público, apenas admitindo codificações fragmentárias, dadas as pelos vistos insuperáveis diferenças entre grupos jurídicos (p. 21). Felizmente desde esse tempo muito se tem evoluído já, embora das declarações politicamente corretas à consequência nos atos vá uma grande distância. Cf., a propósito, BALDWIN, Peter. *The Narcissism of Minor Differences: How America and Europe are alike*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009; TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalisation of Constitutional Law*. in

2. Internacionalização Constitucional sem *Big Brother*

Há, contudo, uma não muito difícil possibilidade de se traçar uma *via per mezzo* entre de um lado o provincianismo, paroquialismo e isolacionismo dos "orgulhosamente sós", e, do outro, o maximalismo internacionalista cosmopolita *à outrance* dos defensores da "República mundial", da "Federação Mundial", ou do mesmo "Império".

Em tempos mais cosmopolitas (de maior crença na bondade da integração política europeia, desde logo), pelo menos em alguns meios, escrevemos um projeto de Constituição, editado pela Ordem dos Advogados do Porto, mas com diálogos transatlânticos, em que havia artigo expreso criticando e excluindo a possibilidade de um Estado mundial.¹⁷

Mas uma coisa é um totalitarismo de um Estado único à face da terra, outra coisa a Constituição Global ou Universal,¹⁸ ou outras expressões análogas (e conceitos próximos), fenómeno ao mesmo tempo constitucional e internacional. Não interessa sequer efabular a Carta das Nações Unidas como Constituição mundial:¹⁹ isso seria, aliás, uma perspetiva ainda assente num positivismo legalista, que as ideias de Constituição material superaram já também.

Não se deveria, pois, identificar ou confundir Estado ou República mundiais com Constituição global, universal, ou internacional. Se quisermos ser mais rigorosos: uma coisa seria um gigante totalitário, certamente, de uma ordem mundial corporizada em instituição unitária, e que nem precisaria quiçá de ter uma Constituição como nós as conhecemos (bastando-lhe instrumentos mais ou menos "policiais") e coisa muito diferente é o reconhecimento de que já existem (a começar pelos Direitos Humanos e pela comunicação judicial internacional, desde logo pelo diálogo entre Cortes constitucionais e não só, pelo mundo afora) muitos elementos de um

Highest Courts and Globalisation, ed. por Sam Muller e Sidney Richards, The Hague: Hague Academic Press, 2010.

¹⁷ *Constituição da República da Lísia*. Porto: Ordem dos Advogados, 2006, art. 5, n.º 3 (p. 30): "A Lísia não crê que a instauração de um Estado mundial seja uma utopia benévola, antes considera que a divisão do mundo em múltiplas sociedades políticas é um garante da pluralidade, e a cada uma constitui em lugar de asilo para os dissidentes legítimos das demais". Sem prejuízo, obviamente, de poder haver e de dever até haver esforços federativos. No caso, e porque se estava a ficcionar (sobretudo) a relação Portugal / Europa, falávamos da integração da Lísia (a velha Lusitânia) na União do Crepúsculo (sendo que *Abendland*, "Ocidente" em Alemão, é, afinal, literalmente, a terra do crepúsculo).

¹⁸ O nosso livro *Traité de Droit Constitutionnel. Constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales*. Paris: Buenos Books International, 2010.

¹⁹ FRANCK, Thomas M.. *Is the U.N. Charter a Constitution? Verhandeln für den Frieden - Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, ed. por Jochen Abret Frowein et al.. Berlin: Springer, 2003.

património constitucional comum. Afinal, em grande medida, uma normatividade constitucional material,²⁰ que é em boa parte objeto das cada vez mais ténues fronteiras entre Direito Constitucional e Direito Internacional.

É esta normatividade constitucional material, ou constituição material internacional que permite a muitos acreditarem que, sem Constituição mundial, sem Estado mundial, e sem um poder constituinte internacional²¹ voluntarista e histórico (como antes se dizia do Contrato Social: mas hoje se compreende que o Contrato social é uma metáfora²²), é possível e é desejável – precisamente tanto para a democratização como para a defesa dos Direitos Humanos – a existência, com todo o apoio nacional, de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI). Um recente artigo do Decano Ben Achour, vice-presidente do Comité dos Direitos do Homem da ONU, sintetiza admiravelmente estas preocupações: "Le projet (...) cherche à compenser les déficiences du droit au sujet des obligations constitutionnelles de l'État, en rapport ou sans rapport avec la protection des droits de l'homme".²³

Muito útil para a reflexão, num contexto mais geral, é ainda, por exemplo, a recente tese de Lucille Callejon-Sereni, com um título significativo: *Constitution internationale et droits de l'homme*. A qual significativamente termina com um princípio esperançoso²⁴ cosmopolita, que é o contrário de uma utopia fechada, distópica: "La démarche cosmopolitique constitue un horizon, sans doute inatteignable. Mais l'intérêt réside sans doute moins dans l'achèvement du projet que dans sa poursuite perpétuelle".²⁵ E contudo, se o projeto geral cosmopolita pode ser sempre o andar-se a procurá-lo, muitos querem mesmo, e não com adiamento, o TCI. Não para amanhã, certamente. Mas num horizonte de prazo possível.

São estes alguns recentes ecos do outro lado de uma posição recuada, defensiva, muito consabida, a que cremos poder chamar-se "soberanismo", um soberanismo muitas vezes não assumido nem pensado, mas instintivo. Têm alguns países perdido muita soberania. E há quem diga, por certo com rigor, que perdido um pouco dela, na verdade se perderá toda, pois seria um absoluto: não era essa a doutrina de Jean

²⁰ Documents of the ICCo *Ad hoc* Comitee. *Project for the Establishment of an International Constitutional Court*. Tunis. 2014, p. 11 ss., p. 35 ss..

²¹ V. ainda CONI, Luís Cláudio. *A Internacionalização do Poder Constituinte*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2006.

²² Cf. o nosso livro *O Contrato Constitucional*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

²³ BEN ACHOUR, Yadh. *Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*. "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger". Paris: LGDJ, n.º 2, 2014, pp. 419-443 (citámos da p. 439).

²⁴ BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1959.

²⁵ CALLEJON-SERENI, Lucille. *Constitution internationale et droits de l'homme*. Montpellier: Université Montpellier 1, tese dirigida pelo Prof. Olivier de Frouville, novembro de 2013, p. 608.

Bodin, como no-la ensinaram?²⁶ E contudo Kelsen, com impecável lógica, demonstrou que a soberania, a partir do momento em que é nacional e estadual, deixa de poder ser absoluta, porque assim teria que ser universal.²⁷ Ora ocorreu um processo ablativo para coisas que faziam falta (os países do Sul da União Europeia sabem-no bem), e não hão de ceder alguma soberania para que haja mais democracia e Direitos Humanos no Mundo? Já se provou que não definharam nem pereceram os Estados com a criação do Tribunal Penal Internacional.²⁸ Mesmo tribunais regionais, alguns com poderes significativos, como na Europa,²⁹ parece não perturbarem muito os espíritos:³⁰ apenas o fantasma do totalmente internacional (espécie de *Ganz Andere*), que afinal já não o seria...

- ²⁶ BODIN, Jean. *Les six livres de la république* (1576), trad. cast. e estudo preliminar de Pedro Bravo Gala, *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1985. V. também o contributo e Hobbes. Cf. LESSAY, Franck. *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*. Paris: P.U.F., 1988. O clássico manual que esta questão modernamente sintetiza em termos clássicos (passe o aparente paradoxo) é ainda para nós o de BRIERLY, J. L.. *The Law of Nations*. 6.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1963. trad. port. de M. R. Crucho de Almeida, Prefácio de A. Rodrigues Queiró, 4.^a ed., *Direito Internacional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1979, p. 7 ss..
- ²⁷ KELSEN, Hans / CAMPAGNOLO, Umberto. (org. LOSANO, Mario G.). *Direito Internacional e Estado Soberano*. trad. port. de Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 121 ss.. Vale a pena meditar seriamente todas as observações do jurista de Viena, em polémica com Campagnolo.
- ²⁸ Pelo contrário, a esse propósito de fala do surgimento de um "novo paradigma", "no entrosamento da ordem jurídica internacional e das ordens jurídicas internas". Cf. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2.^a ed., Cascais: Principia, 2004, p. 327. Ou mesmo de "prelúdio de uma Nova Ordem Mundial". Cf. ESCARAMEIA, Paula. *Prelúdio de uma Nova Ordem Mundial: o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: "Nação e Defesa", primavera de 2003, p. 11 ss.. Sobre "nova ordem" há muita literatura e alguma conspirativa, v., por todos, ALLOTT, Philip. *Eunomia. A New Order for a New World*. Oxford: Oxford University Press, 1999; SANTOS, António de Almeida. *Que Nova Ordem Mundial?* Lisboa: Campo da Comunicação, 2009 (este claramente a favor de uma globalização política, e não apenas económica, e mesmo de uma globalização política contra a desregulação da económica).
- ²⁹ Cf., v.g., RASMUSSEN, H. J.. *On Law and Politics in the European Court of Justice*. Holanda: Martinus Nijhoff, 1986; VOLCANSEK, Mary L.. *The European Court of Justice: Supranational Policy-making*. "West Politics", vol. 15, n.º 3, julho 1992; CLAES, Monica. *The National Court's Mandate in the European Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ³⁰ Cf., v.g., TRABUCO, Cláudia Maria S.. *A Importância de um Tribunal Supranacional no contexto de um processo de Integração: o Dilema do Mercosul*. Working Paper, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 5, 1999; BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997; PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo / MUNIVE PÁEZ, Manuel Alejandro (coords.). *Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana*. México: Porrúa / Escuela Libre de Derecho, 2013; PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México: Porrúa / Centro de Investigación e informática Jurídica, Escuela Libre de Derecho, 2012. Cf. o número *O Constitucionalismo Latino-Americano*, da "Revista Brasileira de Estudos Constitucionais", do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Forum, ano 7, n.º 26, maio / agosto 2013. A bibliografia sobre matéria europeia é inumerável. Permitimo-nos citar apenas o nosso livro, que remete para algumas dessas fontes, *Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almeida, 2005.

Portanto, "Constituição internacional", ou elementos constitucionais internacionais, ou normatividade constitucional internacional, podem ser, a nosso ver, totalmente afastados do chamado "ocaso" dos Estados nacionais.

Devemos tranquilizar os mais cétricos quanto aos novos rumos do Direito Internacional, de mãos dadas com o Direito Constitucional, e na senda de uma afinal mais clara judicialização desse mesmo direito. Tornar o Direito Internacional menos voto piedoso e mais juridicidade era a questão. E a verdade é que não há incompatibilidade entre mais internacionalização e as prerrogativas do Estado, dos Estados nacionais.

O antigo presidente do Tribunal para a ex-Jugoslávia, Antonio Cassese, acerrimamente contrariaria a tese do "ocaso" do Estado, recordando que para tudo o que é prático, concreto, da ordem do fazer e do concretizar, os tribunais internacionais precisam dos Estados. Eles podem ter já lei e podem ser tribunais, contrariando o *motu* clássico (*ni loi, ni juge, ni gendarme*), mas não têm a polícia.³¹ E recorda a já clássica teoria de Vitor Emanuel Orlando, desiludido com o Tratado de Versalhes, que não acolheria as pretensões italianas como ele desejara: *jubeo ergo sum*. Na verdade, só se é se se mandar. Tal ocorre com os Estados, para além do mito da sua igualdade. De entre os Estados, também só alguns mandam. Não todos. Portanto, a soberania é, no limite, em grande medida, uma ilusão, e em muitos casos uma auto-ilusão, muito antes de outras fórmulas a terem vindo a erodir.³² Estas conclusões são

³¹ Muito judiciosamente afirmam, sobre o enorme poder de agir ou não agir da parte dos Estados relativamente a questões internacionais, DUPUY, Pierre-Marie / KERBRAT, Yann. *Droit international public*. 10.^a ed., Paris: Dalloz, 2010, p. 17 um "Caractère aléatoire des conséquences de la violation du droit", que não podemos transcrever aqui, *brevitatis causa*, mas vale a pena conferir.

³² Na perspectiva mais tradicional, SCHMITT, Carl. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, reed.. Berlin: Duncker und Humblot, 1985; Idem. *Souveraineté de l'Etat et liberté des mers*, in *Quelques aspects du Droit Allemand*. Paris: Fernand Sorlot, 1943, p. 139 ss.; BRITO, António José de. *Nota sobre o Conceito de Soberania*. Braga: s.e., 1959; na tradição liberal (veteroliberal), DE JOUVENEL, Bertrand. *De la Souveraineté – à la recherche du bien politique*. Paris: Jénin, Librairie des Médicis, 1955. Mais recentemente, MAIRET, Gérard. *Le Principe de Souveraineté*. Paris: Gallimard, 1997; KRITSCH, Raquel. *Soberania. A Construção de um Conceito*. São Paulo: USP / Imprensa Oficial do Estado, 2002; LAMAS, Félix Adolfo — *Autarquia y Soberanía en el Pensamiento Clásico*, in *Quale Costituzione per Quale Europa*, org. de Danilo Castellano, Nápoles, Edizioni Schientifiche Italiane, 2004. E o eloquente título de BERGALI, Roberto / RESTA, Eligio (org.). *Soberania: Un Principio que se Derrumbra. Aspectos Metodológicos y Jurídico-Políticos*, Barcelona: Paidós, 1996. Mais especificamente colocando problemas internacionais, por todos, VEDEL, Georges. *Souveraineté et supraconstitutionnalité*. Paris: "Pouvoirs", 1993, n.º 67, pp.79-97; FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel mondo moderno*. Roma / Bari: Laterza, 1997, trad. port. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Mais recentemente ainda, e com importante diálogo com a América Latina, HAEBERLE, Peter / KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México:

nossas, construídas sobre o drama de Orlando e as observações de Cassesse. Embora haja cada vez mais quem desconfie do dogma da soberania. O que não quer dizer – as coisas são todas matizadas, nestes domínios – que os Estados não tenham de ser intransigentes em alguns aspetos dela, talvez num seu núcleo essencial, mas dinâmico. Parece é que alguns estados dão de barato por exemplo a importantíssima soberania orçamental, fiscal, militar, de modelo económico e social, etc., e se preocupam com assuntos menos vitais. Ainda há muita territorialidade³³ no seu imaginário, esquecendo-se que hoje há outros territórios a defender, nomeadamente da invasão cultural e linguística,³⁴ além de que há matérias por natureza exclusoras da soberania, como o património comum da Humanidade.³⁵ Na Europa, por exemplo, perda de soberania orçamental leva a que se recorde um célebre dito atribuído a John Adams, segundo Presidente dos EUA: A soberania perde-se pela guerra ou pela dívida. Teria ele eventualmente dito: "There are two ways to enslave a nation. One is by the sword. The other is by debt." E cada vez mais sabemos como há dívidas artificiais, e sobretudo com exponencial crescimento artificial... O Vaticano não deixou de estar atento a essas questões.³⁶

Universida Nacional Autónoma de México, 2011. Evidentemente, esta soberania clássica baseia-se no Estado, cuja realidade e compreensão estão também a mudar. Cf. o nosso livro *Nova Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2013.

³³ MURPHY, A. B.. *The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations*. in *State Sovereignty as a Social Construct*, ed. por T. J. Bierstecker e C. Weber. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 8 ss.; TAYLOR, P. J. *The State as Container: Territoriality in the Modern World System*. "Progress in Human Geography", n.º 18, junho 1994, p. 151 ss.; DELPÉRÉE, Francis *et al. Droit constitutionnel & territoire*. Tunis: Recueil des cours de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, vol. XVIII, 2009.

³⁴ Cf., v.g., o nosso artigo *Lusofonia, Direitos Linguísticos e Política Universitária - Contributos para um Direito das Identidades Culturais*. Portimão: "Jurismat", n.º 4, 2014, pp. 91-101.

³⁵ Cf., por todos, nomeadamente BLANC ALTEMIR, Antonio. *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Barcelona: Bosch, 1992, máx. p. 55 ss.. Pelo contrário, neste âmbito estamos no domínio de um paradigma de algum modo simétrico, o de um Direito Internacional de solidariedade, e não de exclusão e egotismo. Cf., v.g., PUREZA, José Manuel. *El Patrimonio Común de la Humanidad*. trad. cast., Madrid: Trotta, 2002.

³⁶ PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Para uma Reforma do Sistema Financeiro e Monetário Internacional (na perspectiva de uma Autoridade Pública de Competência Universal)*: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20111024_nota_po.html (consultado em 7 de outubro de 2014). Mais recentemente, o nosso "A *Evangelii Gaudium* no Contexto da Doutrina Social da Igreja" in *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 381 ss. (inicialmente publicado como artigo na revista "Humanística e Teologia", da Universidade Católica); e o nosso artigo *Da Doutrina Social do Papa Francisco na Exortação Apostólica Evangelii Gaudium*. São Paulo / Porto: "International Studies on Law and Education", n.º 18, set-dez 2014, p. 25 ss.. Tudo parece levar a concluir que o Vaticano não teme a globalização, pelo menos uma globalização justa, evidentemente.

Por vezes há momentos que propiciam um *turning point* nas ideias de algumas pessoas, mesmo de pessoas que longa e maduramente defendiam certas posições. São iluminações, por vezes ocorridas em estradas de Damasco, que propiciam verdadeiras conversões. É o caso do *argumento do carvoeiro*, invocado pela Alemanha nazi, ainda em 1933. Recordemo-lo sucintamente.³⁷ Tendo um judeu alemão alertado a Sociedade das Nações para os crimes nazis contra os seus, já nessa época, o caso surpreendentemente seguiu os seus trâmites, e a própria Alemanha, mais espantosamente ainda, não se furtou a ser ouvida, tendo enviado uma delegação chefiada por Goebbels.

E aí se manifestou o quanto pode a soberania como poder total, absoluto, que não conhece limites internos nem externos, ser o contrário dos interesses legítimos e dos direitos, até dos mais elementares. Goebbels toma a palavra e é muito breve: "Sabam bem que faremos com os socialistas, os comunistas, os opositores e os judeus aquilo que quisermos e que o Reich quiser fazer. O carvoeiro é o dono da casa". Fizeram todos o seu *Heil Hitler* ritual, e saíram.

Perante isto, René Cassin, que viria a ser dos principais autores da Declaração Universal dos Direitos do Homem e prémio Nobel da Paz, concluiu que só haveria futuro para os Direitos Humanos, em última instância, nas garantias internacionais.

Foi o que o Dr. Moncef Mazourki concluiu também quando, exilado em França, em 1999, perante o fechamento total de vias democráticas na Tunísia, pela primeira vez sugeriu a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, que desenvolveria mais tarde no seu livro *Le mal arabe*.³⁸

Cremos portanto que há bastante "virtude" nos esforços e nas crenças de muitos constitucionalistas e internacionalistas que, sem quererem (pelo contrário, até) um *Big Brother* mundial, desejam que os "juízes do mundo" vejam ainda mais estruturado o seu diálogo, e mais eficaz a sua ação. Depois de esgotadas as vias internas de recurso.

Por estas e muitas outras razões - em que avulta, aliás, a simples aplicação internacional dos grandes princípios constitucionais gerais, que não são estadualistas e muito menos chauvinistas - não se nos afigura descabido, pelo contrário, aplicar o

³⁷ Cf., v.g., BADINTER, Robert. *Reflexões Gerais*. in CASSESSE, Antonio / DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Nacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004, máx. pp. 57-58.

³⁸ MAZOURKI, Moncef. *Le Mal Arabe. Entre dictatures et intégrismes : la démocratie interdite*, Paris: L'Harmattan, 2004.

critério lassaleano do conceito histórico-universal de constituição³⁹ a entidades não meramente estaduais-nacionais, e portanto placidamente considerar que há uma dimensão constitucional em Cortes Constitucionais internacionais: por exemplo, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. É evidentemente isto apesar de a Convenção Europeia não ser uma Constituição, mas ser contudo parte da Constituição material europeia...⁴⁰ Outro conceito importante a convocar nesta sede é precisamente esse, de Constituição material. Não cremos, por isso, que seja ousada a tese de Alec Stone Sweet que vai no sentido dessa qualificação constitucional.⁴¹

II. Um Tribunal Constitucional Internacional (TCI)

1. Positivização dos Ideais. O *Corpus* a aplicar

"Não sabiam que era impossível, e por isso o fizeram." Esta citação de Mark Twain, que tem uma variante atribuída a Jean Cocteau, poderia resumir toda a questão do Tribunal Constitucional Internacional. Pelo menos, todo o seu projeto. Mas, na verdade, os obreiros desta jurisdição a criar estão ainda mais avisados: Eles sabem que outros lhes dizem que é impossível, mas também sabem que muitas coisas que foram anteriormente ditas impossíveis já existem: as Nações Unidas, a União Europeia, a moeda única europeia, o Tribunal Penal Internacional, tantas realidades novas! Algumas, evidentemente, a precisar já de urgente reforma (como a União Europeia e o euro⁴²). Mas todavia tudo provas de que o problema não é a radical impossibili-

³⁹ Desenvolvido, como se sabe, na conferência de LASSALLE, Ferdinand. *Ueber das Verfassungswesen*, proferida em 1862, trad. port., *O Que é uma Constituição Política?*. Porto: Nova Crítica, 1976.

⁴⁰ Cf., de entre vários, CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004; BAST, Juergen / BOGDANDY, Armin von (eds.). *Principles of European Constitutional Law*, 2.^a ed.. Oxford: Hart, 2010. Significativo, pela sua data, anterior à aventura da malograda Convenção Europeia (ou "Convenção sobre o Futuro da Europa") presidida pelo antigo presidente francês Valéry Giscard d'Estaing, é o livro (que na verdade procura codificar a constituição material de então) de PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos *et al.*. *La Constitución europea: tratados constitutivos y jurisprudencia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2000. V., mais recentemente, HABERMAS, Juergen. *La Constitution de l'Europe*. trad. fr. de Christian Bouchindhomme, Paris: Gallimard, 2012. É vale sempre a pena recordar, a propósito, MORTATI, Costantino. *La Costituzione in Senso Materiale*. Milão: Giuffrè, 1940, reed. 1998, com um Prólogo de Gustavo Zagrebelsky; BARTOLE, Sergio. *Costituzione Materiale e Ragionamento Giuridico*. "Dirito e Società", 1982, p. 605 ss.

⁴¹ SWEET, Alec Stone. *Constitutional Dialogues in the European Community. in European Courts and National Courts: Doctrine & Jurisprudence*. ed. por Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet e Joseph H. H. Weiler. Oxford: Hart, 1998.

⁴² Por todos, v. uma outra visão económica da crise sobretudo europeia in ASKENAZI, Philippe *et al.*. *Manifeste des économistes atterrés*. Paris: Les liens qui libèrent, 2010, trad. port., *Manifesto dos Economistas Aterrados - Crise e Dívida na Europa: 10 Falsas Evidências, 22 Medidas Para Sair do Impasse*, 2.^a ed. port.. Lisboa: Actual, 2012. V. ainda, por exemplo, COHEN,

dade de fazer, mas o desafio de como fazer. Como fazer bem. Precisa-se, assim, de recuperar a divisa *Talent de bien faire*.

O Tribunal Constitucional Internacional parece ser de facto uma utopia viável e um projeto de eutopia, ou seja, um elemento de uma utopia positiva (não uma utopia integral, porque esta é o mito de uma completa cidade ideal⁴³), benéfica (ao contrário da distopia, que é coisa de *Fabricantes de Infernos*, para retomar um título do escritor moçambicano Agostinho Caramelo⁴⁴). Ao longo de muitas sessões de estudo e debate sobre o assunto, sempre tem emergido um grande realismo político a par de irrepreensível rigor jurídico das discussões. Além disso, elas sempre têm estado imbuídas de um clima simultaneamente teórico e prático.

Tem sido uma paciente e laboriosa construção de uma ideia que já se encontra a fazer o seu caminho, sempre com o cuidado de, frontalmente e com abertura a todos (desde logo aos céticos e aos seus adversários doutrinários), ponderar a integralidade dos obstáculos. Se o "sonho" quer ser realidade terá que ter em conta toda a realidade, desde logo a dos preconceitos e também o das armadilhas que um projeto generoso sempre em si mesmo comporta. É a refrangência inelutável das coisas humanas, o "síndrome de Nemrod", o haver escolhos nos empreendimentos.

Como o Dr. Moncef Mazourki (que chegaria a ser Presidente da Tunísia, esse antigo opositor quase sem vias de protestar no seu país) apontou numa das últimas reuniões de estudo sobre o projeto,⁴⁵ dezasseis milhões de registos quando se procura a expressão no "google" é uma demonstração da importância que já ganhou essa ideia simples (as coisas importantes normalmente não são muito complexas: *Simplex sigillum veri*) mas contundente para fortalecer o pleno e sindicável estabelecimento da democracia em todo o mundo. Da democracia, e, evidentemente, dos Direitos Humanos.

O Tribunal poderá tornar-se a breve trecho num baluarte da luta contra as ditaduras e mesmo contra os autoritarismos pontuais, que muitas vezes se insinuam nas dobras de democracias formais e no seu descuido, ou sono, como diria Montesquieu. Esta

Daniel. *La prospérité du vice. Une introduction (inquiète) à l'économie*. Paris: Albin Michel, 2009; GÉNÉREUX, Jacques. *Nous, on peut! Manuel anticrise à l'usage du citoyen*, ed. rev. e atualizada. Paris: Pons, 2012 (1.ª ed. 2011).

⁴³ MUCCHIELLI, Roger. *Le Mythe de la cité idéale*. Brionne: Gérard Monfort, 1960, reimp. Paris: P.U.F., 1980.

⁴⁴ CAMELO, Agostinho. *Fabricantes de Infernos*. Lisboa: 2.ª ed. do autor, 1972.

⁴⁵ Tratou-se da II Conferência Internacional sobre o projeto de criação do TCI, organizada pelo Comité *ad hoc* para o Tribunal Constitucional Internacional (a que temos a honra de pertencer), a International IDEA e a Fundação Konrad Adenauer e que teve lugar no palácio presidencial de Cartago, em 12 de junho de 2014. Desde essa data, obviamente que o número de buscas deve ter aumentado muito já.

abordagem internacional exige, mais que uma Magna Carta formalmente elaborada por um poder constituinte mundial (o que seria muito complicado de conseguir, e não cremos sequer que muito útil, dadas as possíveis tentações totalitárias que se lhe poderiam colar), verdadeiros valores universais. Eles contudo já existem, ainda que os legisladores internacionais nem sempre sejam muito hábeis a discerni-los e a plasmá-los nos seus textos (como ocorreu com o projeto de Constituição Europeia, que tinha valores ou ditos valores diferentes nos seus dois preâmbulos).

Quem não se lembra da passagem de Pascal "Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deça des Pyrénées, erreur au delà"?⁴⁶ Curiosamente, essa tão repetida citação ao mesmo tempo nos lembra uma realidade de por vezes muito absurda mudança *da lei* com a mera mudança de fronteiras, mas também o absurdo de *a verdade* mudar com um acidente, geográfico ou alfandegário... Apesar destas imensas mutações locais, há valores universais.

O papel do reconhecimento ético pode caber à doutrina. Os valores constitucionais comuns já estão transformando o direito positivo através de várias constituições, declarações, cartas internacionais, etc. Já estão impregnando esse mesmo direito. Já dele fazem parte. Por isso também é que alguns dão como passada a certidão de óbito do Direito Natural: porquanto os seus "princípios" hoje são direito positivo. E não há dúvida que, tanto no Direito interno como no internacional, a ideia de constituição material tem com o clássico paradigma muitas similitudes. Até com o poder constituinte se entretecem laços não descuráveis.⁴⁷ E os Tribunais Constitucionais nacionais, como um dia o Internacional, com vantagem substituem qualquer tipo de "apelo para o céu", esse recurso de que falavam Locke e Hume.

O *corpus* de valores constitucionais positivados em princípios e até mesmo em regras parece com evidência ser já bem vasto – podendo até por-se problemas de necessidade de codificação para alguns – pois engloba desde costumes a normas de milhares de tratados. E a questão da convencionalidade das normas também não é um tema a descartar, neste contexto.⁴⁸ A par da constitucionalidade, a convencionalidade: veja-se o enorme passo que já foi dado com a declaração da Comissão Afri-

⁴⁶ PASCAL, Blaise. *Pensées*, V, 294.

⁴⁷ Como afirma FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20. "Qual a natureza do Poder Constituinte? É ele um poder de facto, isto é, uma força que se impõe como tal, ou um poder de direito, ou seja, um poder que deriva de regra jurídica anterior ao Estado que funda? (...) Na realidade, parece preferível a segunda tese. O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade do homem escolher as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito".

⁴⁸ Cf., por exemplo, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *El Control de Convencionalidad y el Poder Judicial en Mexico, mecanismo de protección nacional y internacional de los Derechos Humanos*. in "Cuadernos de Jurisprudencia". 7, México. setembro de 2012.

cana dos Direitos do Homem condenando, por discriminatórios, os arts. 35 e 65 da Constituição da Costa do Marfim.⁴⁹ Além disso, o *corpus* a aplicar pelo Tribunal não seria apenas internacional, mas ainda nacional: veja-se o caso de países que não cumram a sua própria Constituição, ou as suas próprias leis, bloqueando o acesso à justiça aos seus cidadãos, e obrigando, assim, à intervenção do TCI.

Creemos que além das Constituições nacionais, que correm o risco de inaplicação interna, vários instrumentos internacionais constituem afinal a Constituição material internacional. Não numa dimensão orgânica, de "governo mundial", mas de Direitos, antes de mais, e também de procedimentos eleitorais, por exemplo, assim como de garantias processuais e relativas ao funcionamento independente do poder judicial. O *corpus* engloba assim a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Ata Constitutiva da União Africana, e os Princípios de Harare (saídos da reunião dos países do *Commonwealth*, de 20 de outubro de 1991), os Tratados (constitucionais, na verdade) da União Europeia, e designadamente o Tratado de Lisboa, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e outros do mesmo timbre.

2. Objetivos do Tribunal

A proposta de Tribunal Constitucional Internacional é ainda, em grande medida, uma proposta aberta, como a obra artística aberta⁵⁰ (e se o Estado era, para Burckhardt, uma obra de arte,⁵¹ *a fortiori* este tipo de construções internacionais). Contudo, e como base de trabalho, tem-se partido de algumas propostas para a sua institucionalização e funcionamento.

Não faz sentido entrar no pormenor da sua atividade ou das estruturas que se estão propondo para o seu futuro funcionamento sem um apontamento brevíssimo sobre os seus fins. Trata-se apenas de sintetizar o já dito anteriormente, com uma ou outra precisão.

Os grandes objetivos do Tribunal são a garantia da Democracia e dos Direitos Humanos, pela positiva. Pela negativa, contribuir para erradicar a ditadura e o des-

⁴⁹ O texto foi aprovado por referendo em 23 de julho de 2000. Cf. caso 246 / 02: *Mouvement Ivoirien des droits humains (MIDH) vs. Côte d'Ivoire*.

⁵⁰ ECO, Umberto. *Obra Aberta*. trad. port., 2.^a ed., São Paulo: Perspetiva, 1971. Retrospectivamente, v.g., Idem. *De L'Oeuvre ouverte au Pendule de Foucault*, propos recueillis par Jean-Jacques Brochier et Mario Fusco. Paris: "Magazine Littéraire", n.º 262, fevereiro de 1989, p. 18 ss..

⁵¹ BURCKARDT, Jacob. *A Civilização do Renascimento Italiano*. trad. port., 2.^a ed., Lisboa: Editorial Presença, 1983.

respeito pelos direitos e a dignidade das Pessoas. Do mesmo modo que ao nível nacional se pode dizer que "The theory of the law of the state plays theoretical and practical orientations, methods, and themes in different keys, when faced (or not) with a constitutional court and court practice",⁵² por maioria de razão tudo muda quando houver um TCI e não apenas diálogo entre juízes separados⁵³: uma jurisprudência de um Tribunal por assim dizer dotado institucionalmente de centralidade e reconhecimento geral.

Os Direitos Humanos são um dos elementos (conjuntamente com a separação dos poderes) absolutamente estruturais do Constitucionalismo moderno. Como diz o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a primeira: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Embora o Constitucionalismo contemporâneo esteja já bastante para além do Constitucionalismo moderno nascente que cunhou essa Declaração, a verdade é que não renunciou (nem jamais poderá renunciar, para se não contradizer: se o vier a fazer metamorfosear-se-á) nunca aos princípios basilares da triade fundadora: Separação dos poderes, sacralidade textual (primeiro implícita, hoje presente nas cláusulas pétreas e fórmulas afins), e Direitos. Na síntese muito direta de Pérez-Luño, "Lo constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales".⁵⁴

A Democracia já não é uma mera questão simplesmente política (se tal existe). O tema é incomensurável e a bibliografia uma biblioteca de babel⁵⁵. Mas há, em todas

⁵² JACOBSON, Arthur / SCHLINK, Bernhard — *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, 2002, p. 3.

⁵³ É este o tema da tese do magistrado brasileiro RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional*, cit..

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*, 11.ª ed.. Madrid: Tecnos, 2013, p. 15.

⁵⁵ SIMON, Yves. *Filosofia do Governo Democrático*. trad. de Edgard Godói de Mata-Machado, Rio de Janeiro: Agir, 1955; SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia. Sobre a Relação entre Formas de Governo e Contextos Culturais*. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003; FINLEY, Moses I. *Democracy ancient and modern*, trad. fr. de Monique Alexandre, *Démocratie antique et démocratie moderne*. Paris: Payot, 1976; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*, Madrid: Alianza Editorial, 1986; GUIÁN, Esperanza. *Mas allá de la Democracia*. Madrid: Tecnos, 2000; LEIBHOLZ, Gerhard. *O Pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus*. trad. port., Coimbra: Atlântida, 1974; MELO, António Barbosa de. *Democracia e Utopia (Reflexões)*. Porto: dist. Almedina, 1980; MICHELS, Robert. *Political Parties. A sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy* (1962), trad. cast. de Enrique Molina de Vedia, *Los Partidos políticos. Un Estudio Sociológico de las Tendencias Oligárquicas de la Democracia Moderna*: Buenos Aires: Amorroutu Editores, 1996, 2 vols.; MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho*. Murcia: Universidad de Murcia, 1979; VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens Medievais da Democracia Moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 1999; SÉRGIO, António. *Democracia*. Lisboa: Sá da Costa, 1974; EISENBERG, José. *A Democracia depois do Liberalismo*. Rio de Janeiro: Relume do Mará, 2003; POPPER, Karl /

as novidades nesse terreno, um aspeto para nós muito relevante: é que hoje em dia a Democracia é também Princípio Democrático,⁵⁶ e tal princípio encontra-se bastante difundido e consensual internacionalmente (apesar de todas as bolsas de antidemocracia pelo mundo, quer na malha macro- quer, mais ainda, na microanálise dos sistemas políticos⁵⁷). Há, com efeito, uma positivação do princípio a nível global e regional. Desde logo, recordemos o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁵⁸ que por exemplo em Portugal é o critério hermenêutico explicitamente escolhido pela Constituição vigente para interpretar os direitos (*ex vi* art. 16.º, máxime n.º 2⁵⁹). Assim, o art. 21 remete para um mínimo de direitos democráticos de participação na governação (1), de igualdade no acesso a funções públicas (2), estabelecendo também a vontade popular como esteio da autoridade (legítima), e indicando as eleições como o modo de manifestação dessa vontade (3).

3. A Dupla Função do Tribunal

O TCI tem, para usar a linguagem médica, uma dimensão profilática e uma dimensão terapêutica, ou, em termos jurídicos, uma dimensão de consulta e conselho, a que textos oficiais ou oficiosos chamam de "avaliação", e uma dimensão contenciosa.

CONDRIY, John. *Televisão: um Perigo para a Democracia*. ed. port., Lisboa: Gradiva, 1995; ELSTER, Jon / SLAGSTAD, Rune (ed.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Crucifixión y la Democracia*, trad. cast. de Atílio Pentinalli Melaerino. Barcelona: Ariel, 1996. Mais recentemente, v.g., WERLE, Denílson Luis / MELO, Rúrion Soares. *Democracia Deliberativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007; BELLO, Enzo. *Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a Atuação do STF*, in *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*, coord. José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3 ss.; VIOLA, Francesco. *La Democracia Deliberativa entre Constitucionalismo y Multiculturalismo*, trad. de Javier Saldaña. México: UNAM, 2006.

⁵⁶ Cf., sobre o princípio democrático, uma síntese possível no nosso livro *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 121 ss..

⁵⁷ Cf., por todos, FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, antologia com org., introd. e trad. de Roberto Machado. Rio De Janeiro: Graal, 1979.

⁵⁸ "1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto."

⁵⁹ "Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais). 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem."

Por um lado, o TCI teria funções jurisdicionais que se poderia dizer "normais", uma vez esgotadas as vias de recurso em cada ordem jurídica. Podendo preliminarmente instituir-se, nalguns casos, uma fase de mediação, a aplicação das decisões do Tribunal dependeria ainda dos Estados. Agindo não *ex officio* mas a pedido de um conjunto vasto mas ainda assim delimitado de sujeitos com legitimidade processual ativa, daria voz a petições em certas condições de amplitude e legitimação, a ONG's reconhecidas pelos Estados para fins eleitorais, partidos, sindicatos e outras associações profissionais, e organizações internacionais aos diferentes níveis.

Desde logo se pode questionar é a modéstia do projeto: porque não alargar a legitimidade processual ativa? Porque obrigar à via sacra de recursos improficuos num regime autoritário antes de fazer subir uma questão ao TCI? Porque não impor sanções aos Estados incumpridores das suas decisões, ou mesmo encontrar meios de fazer aplicar o direito por si dito independentemente dos Estados? E esta questão leva a um problema radical e primeiro: como instituir o TCI? Por um tratado previamente ratificado por sucessivos Estados, que se arrisca a ter de fora muitos dos que terão reticências a tal fórmula, até por simples precaução e "vacina" de anteriores "perdas de soberania"? Ou, como foi aventado já, criar o TCI por um ato voluntarista de interpretação do poder constituinte universal?⁶⁰

Contudo, não é intenção dos promotores deste projeto, pelo contrário, que o TCI venha a substituir-se aos Estados, ou produzir Direito *ex novo*, antes propiciar uma mais perfeita aplicação de Direito já existente.

É certo que numa fórmula mais *souple*, já foi sugerido⁶¹ que se utilizasse simplesmente o mecanismo previsto pela Convenção Europeia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Internacionais não Governamentais, aberta

⁶⁰ Neste último caso, que seria de alguma "beligerância" (muito provavelmente suicida) face aos Estados, poderia mesmo alguém lembrar-se, *mutatis mutandis*, e admitindo que o TCI produziria Direito internacional mesmo contra estados, de uma passagem significativa de um clássico manual: "Naturalmente, a aplicação efetiva do direito internacional pelos tribunais nacionais baseia-se directamente no reconhecimento pelos Estado respectivos, dos quais recebem os poderes. Se a Constituição do seu país não fornecer uma base jurídica escrita para actuar neste domínio, encontrá-la-ão na regra de origem anglo-saxónica: 'International law is a part of the law of the land', considerada já há muito como uma regra consuetudinária de valor constitucional, universalmente aceite como tal". É um tanto o contrário da posição de Karl Strupp, mas *Se non è vero, è ben trovato*. V. DIHN, Nguyen Quoc / DAILLIER, Patrick / PELLET, Alain. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 4.^a ed., 1992, trad. port. de Vítor Marques Coelho. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 81.

⁶¹ Mas não pelos promotores da ideia: a verdade é que um projeto desta envergadura passa a ser adotado por todos quantos o desejarem, e portanto é normal que a pluralidade de posições cresça.

à assinatura em Estrasburgo, a 24 de abril de 1986.⁶² Mas um Tribunal pode ser uma ONG?⁶³ E a limitação europeia não será significativa? É certo que tal encurtaria o caminho. Mas a legitimidade do Tribunal não ficaria comprometida?

Mas para além das funções contenciosas, uma das grandes inovações do TCI consiste em ser uma instância de aconselhamento de governos, organizações internacionais e forças vivas da sociedade civil, nacionais e internacionais, que, em termos obviamente também limitados e com prazo razoável de resposta, poderiam colocar questões, pedir pareceres. Não tem sido inédito já que mesmo governos peçam impossíveis esclarecimentos das suas decisões,⁶⁴ o que os tribunais constitucionais nacionais certamente nem sempre ou quiçá nunca poderão dar (dado não ser essa a sua função, por definição), mas que poderiam tranquilamente ser objeto de pedido interpretativo a um tribunal supranacional, independente e especializado, como o TCI. Evidentemente, aqui está um exemplo de uma outra questão complexa a acautelar: a necessária harmonia entre as Cortes constitucionais (e afins) nacionais, regionais e o TCI. Certamente, nem todos os pedidos de parecer para o TCI seriam benévolos, podendo haver questões ociosas e mesmo litigância de má fé. Será necessário não só um Estatuto do Tribunal que previna à partida muitos desses casos, como depois o discernimento pontual que os descarte.

4. Composição do Tribunal

Bem menos importante, e julgamos que mais em aberto (esperando-se contributos que efetivamente possam melhorar o que tem estado sobre a mesa) é a forma de constituição do Tribunal, em concreto, uma vez ultrapassado o momento genésico, originário, ou ontológico. Esse sim, colocando problemas, sobretudo de atravessamento do Rubicão, e até de algum corte epistemológico. Por isso é que sempre vimos neste projeto uma solidariedade de fundo com as ideias de um direito fra-

⁶² Em Portugal, aprovada e ratificada por Resolução da Assembleia da República n.º 28/91.

⁶³ Veja-se o Artigo 1.º da Convenção: "A presente Convenção é aplicável às associações, fundações e outras instituições privadas (a seguir designadas por ONG) que preencham as seguintes condições:

a) Tenham um fim não lucrativo de utilidade internacional; b) Tenham sido criadas por um acto relevante do direito interno de uma Parte; c) Exerçam uma actividade efectiva em, pelo menos, dois Estados; e d) Tenham a sua sede estatutária no território de uma Parte e a sua sede real no território dessa ou de qualquer outra Parte.". É claro que a imaginação jurídica pode ficcionar a compatibilização do munus judicial e o imaginário associado a uma ONG. Mas não certamente fácil, pelo menos no plano da *auctoritas*...

⁶⁴ Cf., por todos, MEIRELES, Luísa. *Tribunal Constitucional rejeita pedido de esclarecimento do Governo*. Lisboa: "Expresso", 18 de junho de 2014. Referência eletrónica: <http://expresso.sapo.pt/tribunal-constitucional-rejeita-pedido-de-esclarecao-do-governo=f876421> (consultado em 7 de outubro de 2014).

terno:⁶⁵ só com uma mudança de paradigma se conseguirá aceitar este tipo de jurisdição; mas, por outro lado, pondo em prática esta jurisdição, tal ajudará à expansão de um outro paradigma jurídico.

De momento, a ideia, que parece generosa e tem a vantagem de ser simples, é a seguinte: o Tribunal seria composto por 21 juizes, eleitos pela Assembleia Geral da ONU, com base (resta saber em concreto quais as variantes possíveis) numa lista proposta por um colégio eleitoral, formado por uma espécie de "comité de sábios", neste caso de especialistas em Direito e também representantes político-internacionais ao mais alto nível. Esse colégio, muito vasto, integrando os juizes (do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional) e os membros do Comité de Direitos Humanos da ONU, teria previamente feito uma seleção de entre o dobro de candidatos potenciais (42), tendo como critérios a integridade, a competência, a experiência e ainda uma representação equitativa dos diversos sistemas jurídicos. Uma análise mais profunda da correlação de forças internacional e dos pergaminhos de democraticidade que possam apresentar poderá, a nosso ver, determinar mais ou menos profundas alterações à prevista composição do colégio eleitoral. E estamos persuadido que cada juiz terá que ser previamente sabatinado, em audiência pública e teledifundida com grande possibilidade de conhecimento pela opinião pública mundial do seu perfil.

5. Dois Paradigmas Latentes?

Precisamente a questão que acabamos de abordar, aparentemente das mais pacíficas, porque suscetível de alteração, pode conduzir-nos a uma reflexão algo mais profunda sobre duas conceções de base diversas na criação de um TCI. São duas conceções afinal estratégicas (embora possam ter momentos táticos), que não colocam em causa o projeto em si, mas muito o podem moldar, desta ou daquela forma.

Poderão alguns considerar que um TCI cujos membros saem de uma Assembleia como a da ONU, e propostos por juizes de outros tribunais que (numa primeira analogia, com a hierarquia nacional) seriam teoricamente de nível "inferior" na escala ou pirâmide jurídica abaxaria, apoucaria, ou tiraria o brilho ou a *auctoritas* à Corte.

⁶⁵ O livro fundador (quanto à expressão, desde logo) seria o de de RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Roma / Bari: Laterza, 2002. Também significativos, são, por exemplo, CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, AYRES DE BRITO, Carlos. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007, etc. Cf., v.g., para uma primeira síntese, o nosso livro *Geografia Constitucional. Sistemas Juspolíticos e Globalização*. Lisboa: Quid Juris, 2009. E já o nosso artigo *Do Direito Natural ao Direito Fraterno*. "Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito" (RECHTD), 1(1), janeiro – junho, 2009, pp. 78-86.

Na verdade, este é um aspeto em que se manifesta outra das questões essenciais, fulcrais, radicais do projeto.

Tal como ocorreu com a instituição da União Europeia,⁶⁶ também no TCI vislumbramos duas possibilidades, sempre. Parece claro que de um lado se perfila a latente "tentação" de uma perfeição constitucionalista, em que, na fidelidade a conceitos como constituição material, poder constituinte, etc., se construiria rigorosamente a instituição de um Tribunal à imagem e semelhança dos Tribunais Constitucionais nacionais. Nessa perspetiva, que não apenas reclamaria impecabilidade tradicional e doutrinal no plano constitucional,⁶⁷ mas também do Direito Internacional, o TCI teria de sair de um Tratado, com sucessivas ratificações, e numa articulação em tudo respeitadora da "soberania", pelo menos à partida (e pressuposta) dos Estados. Mas ao mesmo tempo que o processo seria naturalmente muito moroso e complexo, esta via parece poder rasgar outros horizontes para a ação do Tribunal. Pois na medida em que tem legitimidade impecável, poderá arriscar-se mais, fazer mais... E provavelmente melhor.

As fórmulas que têm sido avançadas em alguns casos parece derivarem de algum compromisso. Por um lado, compromisso com os estados nacionais: esgotamento nacional de recursos com pré-requisito, dependência dos Estados para pôr em prática as decisões, e desde logo necessidade de ratificação de um tratado instituidor, que aliás garanta, nomeadamente pela limitação das reservas que se lhe possam opor, um conjunto de "condições de sucesso". Por outro lado, compromisso com a própria estrutura da sociedade internacional, designadamente na forma de designação dos juízes.

Vimos já o que tem vindo a ser proposto quanto a esta questão. Mas por exemplo, Monique Chemillier-Gendreau, no seu pequeno mais incisivo artigo sobre o assunto, admitia já que o número de juízes inicialmente proposto pudesse vir a aumentar conforme o "sucesso" (presume-se que volume de trabalho) do TCI.⁶⁸ Haverá, como este, vários outros aspetos que podem discutir-se, aperfeiçoar-se, ou apenas evoluir.

⁶⁶ Estabelecendo uma analogia audaciosa, mas reportando-nos a um caso bem conhecido dos internacionalistas e constitucionalistas, em que havia duas vias, uma mais voluntarista e constitucional-institucionalista, e outra mais paulatina, por pequenos passos, sobretudo, no início, de integração económica: na verdade, tudo começou com a CECA - carvão e aço, que haveria de mais infraestrutural na época?

⁶⁷ Para voltarmos à comparação feita, não houve tal irrepreensibilidade frente à teoria na União Europeia, quase sempre com um *déficit* democrático na sua institucionalização, e sérios problemas sempre que decidiu referendar-se. Cf. o nosso artigo *A Revolução Constitucional Europeia – Reflexões sobre a Génese, Sentido Histórico e Contexto Jurídico de um Novo Paradigma Juspolítico*. in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*. Coimbra: Coimbra Editora / Universidade de Coimbra, Março 2005, pp. 279-323.

⁶⁸ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Obliger les Etats à tenir parole*. cit.

Mais importantes são as condições de efetivo êxito do projeto.⁶⁹ E essas são, principalmente, que a Corte esteja suficientemente dotada de capacidade de ação (não nos podemos esquecer nunca do financiamento, dos recursos humanos para além dos 21 ou mais juizes, e das instalações físicas do tribunal), interoperatividade normativa (jogando com articulações do *multilevel constitutionalism*), e – muito importante – a Corte tem de ver garantida a sua autoridade formal e a sua competência exclusiva. Não é um novo *tribunal de Westminster* a fazer concorrência a tribunais mais antigos...⁷⁰

Creemos que não é o tempo de nenhum fundamentalismo na matéria, e que do diálogo entre as várias perspetivas e contributos, em permanente dialética com os oponentes ao projeto, cujas críticas devem ser muito ponderadas, poderá sair uma instituição capaz de contribuir para que *haja mais Justiça neste mundo*, que é o que, realmente, os juristas devem buscar.⁷¹

⁶⁹ Para mais desenvolvimentos, cf. o nosso artigo / relatório *La Cour constitutionnelle Internationale (ICCo). Une Idée qui fait son chemin, Notandum*, vol. 38, mai-ago 2015 CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto. Ed. eletrónica: <http://hottopos.com/notand38/21-26PFC.pdf> (consultada em 25 de outubro de 2015).

⁷⁰ Cf., v.g., AGOSTINI, Eric. *Droit Comparé*. Paris: P. U. F., 1988, trad. port. de Fernando Couto, com Prefácio (*Elogio da Comparação de Direitos*) nosso. *Direito Comparado*. Porto: Rés, s.d.

⁷¹ Assim finalmente respondeu uma estudante de Direito ao seu professor, que levava anos perguntar o que se está a fazer numa Faculdade de Direito. Cf. LOMBARDI-VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Pádua: Cedam, 1978, nova ed. 1981: "Estamos aqui para fazer mais justiça no Mundo".