

A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais

Cristina M. M. Queiroz¹

Resumo: O texto que se apresenta responde à solicitação do nosso amigo e colega, Doutor Paulo Ferreira da Cunha, de elaboração de um comentário sobre a proposta de criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI). É foca-se, principalmente, em questões dogmáticas e institucionais. E por último, mas não menos importante, na escolha dos “modelos de legitimidade”.

Palavras Chave: Tribunal Constitucional Internacional, Comunidade Internacional, Direitos Constitucionais, Legitimidade, Jurisdição, Globalização e Transnacionalismo.

Abstract: Upon the request of our dear friend and colleague, Doutor Paulo Ferreira da Cunha, the following paper has for subject a commentary on the proposed establishment of an International Constitutional Court (ICC). And focuses mainly on dogmatic and institutional issues. And last but not the least, the choice of "legitimacy models."

Keywords: International Constitutional Court, International Community, Constitutional Rights, Legitimacy, Jurisdiction, Globalization and Transnationalism.

1. Para os juristas, sobretudo os especialistas de Direito Público, não é estranha a grande popularidade que tem granjeado nos últimos anos a proposta de constituição de novos tribunais no plano transcional e global. E, em particular, a proposta recente da futura criação de um Tribunal Constitucional Internacional. E que não se situa apenas no domínio do direito positivo “stricto sensu”, mas ainda no âmbito da filosofia política e das relações internacionais.

As questões que aqui se colocam são, basicamente, as que interpelam a constituição e solidificação de instituições internacionais. E, designadamente:

- a constituição de uma “comunidade internacional”, portadora de valores comuns próprios, necessariamente “universalizada”, ou, pelo menos, como parece ser mais curial, “globalizada”;
- a questão da identificação — e consistência — de um “modelo global” de Direitos Constitucionais;
- a “vexata quaestio” da “legitimidade; e,
- por último, a questão da respectiva “efectividade”.

É certo que os problemas com que se defronta a sociedade internacional actual, mormente os de garantia e defesa dos Direitos do Homem universais, podem ser formuladas em termos jurídicos. Mas não deixam, por isso, de ser questões de “alta política” (*high politics*) no plano interno e internacional.

E aqui, dada a tradicional mundividência dos juristas em separar os “assuntos jurídicos” dos “assuntos políticos”, considerando os primeiros como judicialmente sindicáveis, e os últimos como judicialmente não sindicáveis, coloca-se a questão pertinente de saber se uma “judicialização da política” pode conduzir a uma perda de autoridade da justiça, através da sua “politização”. A célebre apostrofe de GUIZOT²,

¹ Faculdade de Direito - Instituto Jurídico Interdisciplinar - Universidade do Porto.

² FRANÇOIS GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique*, Bruxelas, 1846, p. 101: “A política não tem nada a ganhar e a justiça terá tudo a perder”.

primeiro-ministro de Luís Filipe de Orléans, popularizada por Carl SCHMITT³ no debate com Hans KELSEN⁴ sobre o potencial “guardião da constituição”, no período weimariano, entre “métodos políticos” e “métodos jurisdicionalizados” de controle do político instituído.

2. Depois, a opção por um modelo de “justiça constitucional global” — descentralizado ou concentrado. Dito de outro modo: a opção pelo modelo americano ou pelo modelo europeu de Justiça Constitucional. Este último conduziria a uma forma de concentração das questões constitucionais — ou de defesa de Direitos Constitucionais — num tribunal autónomo.

Uma opção que tenderia a excluir e/ou a sobrepor-se a outras instituições jurisdicionais, actuantes no plano internacional e regional, designadamente, o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), o Tribunal Penal Internacional (TPI), e, a nível regional, sobretudo na Europa, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

3. Mas também a questão da composição do futuro Tribunal Constitucional Internacional, incluindo o respectivo orçamento e pessoal próprio. Um problema que levaria ao afastamento dos chamados “juizes nacionais”, incluindo os chamados “juizes ad hoc”, presentes, entre outras instituições, no Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ou no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Uma concessão “política” ao nacionalismo dos Estados e que poderá pôr em causa a objectividade e imparcialidade dos magistrados integrantes de uma instituição internacional de natureza jurisdicional⁵.

Escusado será sublinhar que estão aqui em causa as *garantias de independência* próprias de um tribunal.

E trata-se de uma instituição judicial. Mas não de um tribunal inserido na “trias política” montesquieana. Um postulado que não opera a nível transnacional.

Tudo isto torna precário o distanciamento da constituição futura de um Tribunal Constitucional Internacional face à política. “Politização da justiça” ou “judicialização da política”? Uma questão a clarificar.

4. E se os Direitos Constitucionais se apresentam como o instrumento e objecto central de actuação do futuro Tribunal Constitucional Internacional, então convirá enfatizar que este terá de afirmar-se como um tribunal de direitos e não um tribunal do poder. E de direitos portadores de diferentes estruturas e diferente projecção nos ordenamentos jurídicos, que devem ser feitos valer contra os Estados, sujeitos privilegiados do Direito e Relações Internacionais.

Sem esquecer que a cultura jurídica europeia continental, de modo diferente do modelo anglo-americano de *common law*, tradicionalmente, confere um menor peso institucional aos juizes e ao poder judicial (: “modelo judiciocêntrico” vs. “modelo legiscêntrico”).

Assim, se o Tribunal Constitucional Internacional tem por objectivo a defesa e garantia dos Direitos do Homem universais, e respectivas políticas públicas de concretização e realização, erosionando, necessariamente, o poder dos Estados, haverá que admitir que se vai gerando, no plano transnacional, limites jurídico-funcionais à

³ CARL SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlim, 1931, trad. cast. “La Defensa de la Constitución”, Madrid, 1983, p. 75.

⁴ HANS KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlim, 1931. Por último, HANS KELSEN, *Von Wert und Wesen der Demokratie* [1929], trad. cast. “Esencia y valor de la democracia”, Barcelona, Buenos Aires, 1934.

⁵ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Internacional e Relações Internacionais*, Coimbra, 2009, pp. 325 ss., 327, em referência ao Tribunal Internacional de Justiça (TIJ).

liberdade de acção e de conformação dos diferentes Estados integrantes da comunidade internacional.

Só que essa justiça internacional de carácter universal pressupõe a existência de uma “comunidade internacional” personificada, portadora de valores comuns universais e de instituições próprias e autónomas da política dos Estados⁶. Uma *Res Publica*, em suma.

5. Chegados a este ponto somos forçados a colocar a “vexata quaestio” da *legitimidade*. Em termos breves, da actuação do princípio da “auto-determinação democrática”, individual e colectiva. Um problema não apenas de *organização*, mas também de *legitimidade*.

E, no caso, haverá que estabelecer uma relação sistemática entre o exercício de uma autoridade pública, o Tribunal Constitucional Internacional, e os respectivos modelos de legitimidade.

Tudo isto implica, necessariamente, uma teoria política normativa baseada num modelo post-nacional. Um modelo que vá “para além” dos conceitos jurídicos transmitidos de “Estado-nação”, “organização internacional”, “união supranacional”, etc. Um modelo que possa estabelecer, com garantias de permanência e continuidade, uma conexão sistemática entre a protecção dos Direitos Constitucionais e a auto-determinação democrática, a nível global, e o princípio cosmopolita de uma “Res Publica” universal.

Este ideal kantiano de uma “paz perpétua”⁷ implica uma desnacionalização de Estados e de políticas. E também de ordens jurídico-públicas.

E ainda que se considere como meta futura a possibilidade de transposição das “conquistas” dos Estados democráticos e constitucionais para “níveis” que se situam “para além” do Estado, a verdade é que o ideal, cosmopolita e normativo, de uma “Res publica” universal, com as suas instituições próprias de governo, incluindo a

⁶ Para uma “re-conceptualização” do conceito de “comunidade internacional” no quadro das modernas teorias da “racionalização” do Direito e do conseqüente processo de “constitucionalização” do Direito Internacional, HERMAN MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, in: 140 “Recueil des Cours” (1974), pp. 11 ss., PHILIP ALLOTT, *Eunomia: A New Order for a New World*, Oxford: Oxford University Press, 1990, pp. 8 ss., BRUNO SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, in: 250 “Recueil des Cours” (1994), pp. 217 ss., CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Staatlichliche Entscheidung für die internationale Offenheit*, in: ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), “Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, XI (“Internationale Bezüge”), 3^a ed., Heidelberg, 2013, pp. 3 ss., e *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, in: 281 “Recueil des Cours” (1999), pp. 9 ss., JOCHEN Abr. FROWEIN, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: 39 “Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Völkerrecht und Internationales Recht in einen sich globalisierenden internationalen System”, Heidelberg, 2000, pp. 427 ss., BRUNOTTO BRYDE, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in: 42 “Der Staat” (2003), pp. 62 ss., e ARMIN v. BOGDANDY, *Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen*, in: ISENSEE/ KIRCHHOF (eds.), “Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, XI, cit., pp. 275 ss.

⁷ IMMANUEL KANT, *Zum ewigen Frieden* [1795/1796], trad. port., “A paz perpétua e outros opúsculos”, Lisboa, 1990, pp. 119 ss., e *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* [1784], trad. port., “Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita”, in: IMMANUEL KANT, “A paz perpétua e outros opúsculos”, cit., pp. 21 ss. Para uma reconstrução teórica bem conseguida do pensamento de Immanuel Kant no quadro de um processo de “racionalização” e “constitucionalização” do Direito Internacional, JÜRGEN HABERMAS, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in: JÜRGEN HABERMAS, “Der Gespaltene Westen”, Francoforte sobre o Meno, 2004, pp. 113 ss. HABERMAS, com efeito, partindo de uma leitura e interpretação da “paz perpétua” de Immanuel Kant, aponta para a proposta de uma “constituição completa” do Direito Internacional sob a forma de uma “República mundial”.

institucionalização de uma instância máxima de poder jurisdicional, não foi ainda capaz de conduzir a um sistema jurídico autónomo e comum.

Ora, justamente, é essa a-sincronia entre a jurisdição e os respectivos modelos de legitimação, neste último incluído o ideal da democratização, que nos levam a duvidar se a futura constituição de um Tribunal Constitucional Internacional reforça ou debilita o “modelo global” dos Direitos Constitucionais⁸.

6. A lógica da “juridificação” não é neutra no que concerne às diferentes “questões políticas” e aos diferentes “perigos” que possam surgir no decurso do tempo.

E a política dos direitos, incluindo a garantia e defesa de um “modelo global” de Direitos Constitucionais, não pode ser desestabilizada pelo enfraquecimento do modelo constitucional aplicável a uma escala global e transnacional.

E depende, necessariamente, da cooperação dos actores envolvidos. De momento, ainda, os Estados, agindo em nome da soberania nacional ou através de organizações internacionais. A que se acrescenta as correspondentes salvaguardas institucionais.

Um modelo “piramidal” ou “flexível”?⁹ A resposta é, no momento presente, um modelo flexível. E, no caso, mais fruto da participação da sociedade civil internacional do que da política dos Estados.

A terminar, torna-se legítimo perguntar: “em nome de quem” exercerá o Tribunal Constitucional Internacional a sua jurisdição?

Referências bibliográficas:

BOGDANDY, Armin v., e VENZKE, Ingo, *In wessen Namen?. Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlim, 2014.

HABERMAS, Jürgen, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in: JÜRGEN HABERMAS, “Der Gespaltene Westen”, Francoforte sobre o Meno, 2004, pp. 113 ss.

KELSEN, Hans, *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization*, in: 53 “Yale Law Journal” (1944), pp. 207 ss.

MOSLER, Herman, *The International Society as a Legal Community*, in: 140 “Recueil des Cours” (1974), pp. 1 ss.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed., Coimbra, 2015.

TEITEL, Rudi, e HOWSE, Robert, *Cross-Judging. Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order*, in: “New York University Press Journal of International Law and Politics”, 41 (2009), pp. 959 ss.

VOßKUHLE, Andreas, *Pyramid or Mobile? Human Rights Protection by the European Constitutional Courts*, Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judicial, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 31 de Janeiro de 2014, reproduzido: 1-6 “Human Rights Law Journal”, 34 (2014), pp. 1 ss.

Recebido para publicação em 07-09-15; aceito em 02-10-15

⁸ Sobre o “modelo global” de Direitos Constitucionais, por último, CRISTINA QUEIROZ, *O modelo global de Direitos Constitucionais*, in: JURISMAT, 2005, com indicações bibliográficas complementares.

⁹ Com o sentido e a extensão que lhe é outorgada por ANDREAS VOßKUHLE, *Pyramid or Mobile? Human Rights Protection by the European Constitutional Courts*, Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judicial, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 31 de Janeiro de 2014, reproduzido: 1-6 “Human Rights Law Journal”, 34 (2014), pp. 1 ss.