

**O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS
HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL**

*THE PROJECT FOR THE CREATION OF THE INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL
COURT: EXPANSION OF THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN
INTERNATIONAL LAW*

Gustavo Santiago Torrecilha Cancio

Doutorando pelo Convênio DINTER USP/UFMS.
Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato
Grosso do Sul - UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil).
E-mail: gustavo_cancio@hotmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1959189265421738>.

Livia Gaigher Bosio Campello

Pós-Doutora em Direito do Estado pela Universidade de
São Paulo - USP. Doutora em Direito das Relações
Econômicas e Internacionais pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre
em Políticas Públicas e Processo pelo Centro
Universitário Fluminense - UNIFLU. Professora da
graduação e mestrado na Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -
FADIR/UFMS. Coordenadora do Programa de Pós-
Graduação em Direitos Humanos da Universidade
Federal de Mato Grosso do Sul - PPGD/UFMS).
Coordenadora local do Programa de Doutorado
Interinstitucional - DINTER USP/UFMS. Líder do
Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Meio Ambiente
e Desenvolvimento Sustentável Global” (UFMS/CNPq).
Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Cooperação
Internacional e Meio Ambiente” (Fundect/MS). Editora-
chefe da Revista Direito UFMS. Associada ao Conselho
Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação - CONPEDI
desde 2005. Filiada à Sociedade Brasileira para o
Progresso da Ciência - SBPC desde 2011, Mato Grosso
do Sul (Brasil).
E-mail: livia.gaigher@uol.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9067637443861868>.

Autores convidados.

RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo geral de investigar os elementos dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos que atestam a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional Internacional. Nesse contexto, o trabalho analisa os regimes internacionais de Direitos Humanos, que ganharam corpo no cenário internacional a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, para compreender suas capacidades de estabelecer, em conjunto com o sistema ONU, um núcleo formal e materialmente constitucional no ordenamento jurídico

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

internacional. Busca-se indicar quais são os diplomas jurídicos aceitos pela sociedade internacional que legitimam esse processo de constitucionalização do Direito Internacional e que permitem a reflexão acerca da importância de materializar um órgão jurídico internacional para proteção e interpretação desses direitos nas relações internacionais. Inserida numa intersecção de diferentes áreas do conhecimento, a temática justifica-se por sua intensa conexão com a afirmação dos Direitos Humanos como normas imperativas do Direito Internacional geral e pela atualidade dos desafios e debates que envolvem os objetos em estudo. Para tanto, foram adotados como procedimentos metodológicos a revisão bibliográfica e documental do tema, assim como os métodos descritivo e exploratório para delinear as características dos fenômenos trabalhados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tribunal Constitucional Internacional. Relações Internacionais. Sistema ONU.

ABSTRACT

This research has the general objective of investigating the elements within International Human Rights Law that attest to the need to create an International Constitutional Court. In this context, the work analyzes the international human rights regimes, which enhanced on the international scene after the Second World War, to understand their capacities to establish, together with the UN system, a formal and materially constitutional nucleus in the international legal system. It seeks to indicate which are the legal diplomas accepted by international society that legitimize this process of constitutionalization of International Law and that allow reflection on the importance of materializing an international legal body for the protection and interpretation of these rights in international relations. Inserted in an intersection of different areas of knowledge, the theme is justified by its intense connection with the affirmation of Human Rights as imperative norms of general International Law and by the current challenges and debates involving the objects under study. Therefore, as methodological procedures the article adopted the bibliographical and documentary review of the theme, as well as the descriptive and exploratory methods to outline the characteristics of the phenomena studied.

KEYWORDS: *International Human Rights Law. International Constitutional Court. International relations. UN system.*

1 INTRODUÇÃO

Capaz de solucionar as controvérsias em âmbito internacional de questões afetas a um núcleo materialmente constitucional do Direito Internacional e que fogem da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, o projeto de criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) relaciona-se com a possibilidade de atuação da corte em violações sistemáticas de Direitos Humanos e de direitos políticos que extrapolem, em suas consequências, o direito interno de determinado país.

O TCI apresenta-se como uma possível solução para a uma das mais profundas críticas que o sistema jurídico internacional sofre na atualidade: a falta de efetividade das decisões

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

emanadas pelos intérpretes dos órgãos político-jurídicos internacionais. É dentro desse contexto que surge o projeto do Tribunal Constitucional Internacional e a sua força institucional para uma mudança de paradigma na divisão de competências ora estabelecidas no cenário internacional.

O procedimento metodológico a ser adotado para construir o raciocínio acerca da criação do tribunal em questão correspondeu à pesquisa bibliográfica, constituída essencialmente de artigos científicos, livros e teses de doutorado sobre a temática em questão e, ainda, à pesquisa documental, com o acesso a relatórios de pesquisa, documentos oficiais, tratados internacionais, entre outros.

Quanto aos fins da pesquisa, foram utilizados o método descritivo, com o escopo de descrever o fenômeno da existência normativa do constitucionalismo universal, expondo suas características e estabelecendo correlações entre variáveis, e o método exploratório, com a finalidade de desenvolver e esclarecer conceitos e ideais afetas ao constitucionalismo universal, provendo critérios de compreensão do fenômeno pesquisado.

Para organizar e discutir os dados coletados será utilizado o método de análise de conteúdo com a finalidade de, a partir dos conteúdos manifestos nos textos, inferir deduções lógicas que respondam ao problema da pesquisa. Desse modo, a análise de conteúdo da revisão bibliográfica permitirá um caminho multifacetado, produzindo sentidos e significados na diversidade de amostragem presente neste trabalho.

Tal metodologia será aplicada para se atingir o objetivo geral do trabalho que é identificar os elementos – dentre os quais se inclui o Tribunal Constitucional Internacional – que atestam a existência normativa do constitucionalismo universal nos regimes internacionais de Direitos Humanos. Com efeito, o artigo buscará descrever os aspectos que caracterizam o constitucionalismo universal, traçar a existência normativa do fenômeno constitucional na sociedade internacional, explicitar a força da norma constitucional universal nos regimes internacionais de Direitos Humanos e elencar as principais questões que envolvem o Tribunal Constitucional Internacional.

2 PROJETO E IMPLEMENTAÇÃO: POR QUE PRECISAMOS DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL?

Hodiernamente, ao se analisar o sistema ONU, vislumbra-se um Poder Executivo hipertrofiado (principalmente em virtude da capacidade de tomar decisões vinculantes do

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Conselho de Segurança), um Poder Legislativo difuso e fragmentado e um Poder Judiciário que possui uma jurisdição limitada mormente em matéria que envolva assuntos notadamente constitucionais, como são os direitos humanos.

Pensada inicialmente por um médico tunisiano, Moncef Marzouki (2004), para combater as violações de direitos políticos ocorridas ao longo do processo eleitoral da Tunísia, o projeto do Tribunal Constitucional Internacional ganha força para equilibrar os freios e contrapesos da repartição de poderes do sistema jurídico internacional a partir da justificativa de sua necessidade existência frente a outros tribunais internacionais. Essa comparação com outras cortes internacionais e a importância de criação do TCI serão vistas nos próximos tópicos.

2.1 A CIJ, AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O TCI

Segundo Ramos, a Corte Internacional de Justiça¹, principal órgão judiciário da ONU e do sistema internacional como um todo, tem um “modesto papel na aferição da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos” (RAMOS, 2015, p. 97). Nesse sentido, existem aspectos que limitam essa interpretação da Corte e exsurgem da análise de seu Estatuto².

O primeiro deles diz respeito ao caráter facultativo, isto é, a jurisdição da CIJ, de acordo com o artigo 36.2³ do seu Estatuto, depende da adesão voluntária dos Estados, ademais de cada país ter a prerrogativa de condicionar seu aceite ao princípio da reciprocidade. Na prática, a proteção judicial somente é invocada após o fracasso da conciliação e da arbitragem, o que indica o caráter subsidiário e de última *ratio* do recurso à Corte Internacional de Justiça.

Outro obstáculo relevante está relacionado ao *jus standi* ou à legitimidade ativa e passiva nos processos levados à CIJ. Isso porque, em conformidade com o disposto no artigo

¹ A Corte Internacional de Justiça, criada em 1945, foi antecedida pela Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo estatuto foi aprovado em 1920 e esteve em vigor até 1939.

² O Estatuto da Corte Internacional de Justiça figura como anexo da Carta das Nações Unidas, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 19.841/1945.

³ Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. 2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

34.1⁴ do Estatuto da CIJ, apenas os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte. Tal previsão limita consideravelmente a proteção judicial de direitos humanos, tendo em vista que o acesso do indivíduo a tribunais internacionais é tido como requisito indispensável para a adequada garantia desses direitos (RAMOS, 2015).

É certo que a apuração das violações de direitos humanos não pode prescindir da ação de organismos internacionais independentes e da vítima, uma vez que, nesse caso, o “Estado pode sacrificar os direitos dos indivíduos no altar de seus interesses geopolíticos” (RAMOS, 2015, p. 99). Em outros termos, se depender exclusivamente da iniciativa dos Estados (como ocorre atualmente na Corte Internacional de Justiça) para a proteção incontestada dos direitos humanos há um grande risco de insucesso.

Em que pese Ramos (2015) pontuar que a partir de 2009, com o ingresso do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na CIJ, a corte inicia uma “virada *pro homine*” – com o reconhecimento da força expansiva dos direitos humanos – as dificuldades institucionais acima apresentadas ainda impedem que a CIJ desempenhe uma proteção judicial dos direitos humanos mais eficaz, o que fortalece a ideia de criação de um tribunal internacional que seja intérprete dos direitos humanos e das matérias constitucionais afetas ao sistema jurídico internacional.

2.2 OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O TCI

Superada a demonstração da ineficiência da CIJ em trabalhar com profundidade os temas relacionados aos direitos humanos, surge a questão do porquê a necessidade de criação de um novo tribunal que lide com os direitos humanos se já se possui em âmbitos regionais importantes sistemas de proteção consolidados, inclusive, sob o ponto de vista judicial (contencioso e consultivo).

Esses são os casos dos mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos já existentes na Europa (Comissão Europeia de Direitos Humanos⁵ e Corte Europeia de Direitos Humanos), na América (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) e

⁴ Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte.

⁵ Com o Protocolo nº 11 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aberta para assinatura a partir de 1994, houve a extinção da Comissão *tout court* e sua fusão com a Corte Europeia de Direitos Humanos, dando direito de ação aos indivíduos vítimas de violações de direitos humanos.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

na África (Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos).

O primeiro aspecto a se considerar sobre a necessidade de criação de mais um tribunal em âmbito internacional que lide com direitos humanos, dado os sistemas regionais já existentes, é justamente a falta de um intérprete em nível global para lidar com esse assunto. Como visto, a CIJ, principal órgão judicial de alcance universal, não foi pensada para lidar com direitos humanos.

Um outro elemento importante a justificar a presença do TCI está relacionado com o que Ramos (2015) denomina de “crise de efetividade” dos mecanismos regionais de proteção aos direitos humanos. Segundo a visão de Ramos, há uma intensa dificuldade das jurisdições internacionais de direitos humanos de processar, com qualidade e celeridade, um número cada vez maior de demandas.

Ademais, como assinala Charney (1999), a pluralidade de tribunais é uma força e não uma fraqueza para a proteção dos direitos humanos, o que permite o avanço do Direito Internacional como um todo. A pluralidade de tribunais internacionais permite a comparação recíproca e o diálogo interinstitucional gerado promovem a emergência de interpretações jurídicas extraídas de uma maior reflexão.

2.3 O PROJETO EM CURSO DE CRIAÇÃO DO TCI

Tendo esses desafios da afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em mente, qual seria, pois, o futuro papel de um tribunal internacional de direitos humanos? De acordo com Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e Talvanni Machado Ribeiro, a sugestão do Tribunal Constitucional Internacional:

[...] emana da necessidade sobre uma corte internacional que venha suprir os déficits democráticos existentes em diversos países, pois, as instituições locais, muitas vezes, não atendem satisfatoriamente as demandas existentes, ou seja, não conseguem resolver os seus conflitos, nem cumprem as diretrizes dos Tratados Internacionais, principalmente os que se referem aos Direitos Humanos (AQUINO; RIBEIRO, 2016, p. 03).

Segundo os autores, o Tribunal funcionaria como o último controle constitucional de decisões internacionais, utilizado somente após o esgotamento de todos os recursos existentes oferecidos pelas distintas ordens jurídicas nacionais e/ou internacionais. Sua competência, portanto, fundar-se-ia na supranacionalidade, cuja finalidade é proteger esse núcleo humanitário descrito nos diferentes documentos com caráter constitucional na esfera

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

internacional e como seus valores inspiram e projetam outros modos de convivência em lugares distintos do globo.

Paulo Ferreira da Cunha (2016), um dos idealizadores do projeto em andamento do Tribunal Constitucional Internacional, elucida que os grandes objetivos do Tribunal são: a garantia do Estado de Direito, da democracia e dos Direitos Humanos; a contribuição para erradicar a ditadura nos países do globo; e a busca pelo respeito dos direitos e da dignidade das pessoas. Na prática, o TCI consistiria 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 (no plano legal interno) esclarecimentos das suas decisões, que os tribunais constitucionais nacionais certamente nem sempre ou quiçá nunca poderão prestar (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 (CUNHA, 2016, p. 39).

Ramos (2015) entende que o TCI teria dois papéis primordiais: a) função preventiva, pelo qual as demandas apreciadas seriam selecionadas justamente pelo seu impacto estrutural, que levaria a reformas internas, impedindo novas violações; b) função reparatória, na qual os juízes internacionais iriam fixar as obrigações de reparação bem determinadas, zelando pelo universalismo concreto dos direitos humanos.

Alinhado com esses posicionamentos doutrinários, o projeto do TCI começou a ganhar forma a partir da Declaração de Rabat, proferida em junho de 2015, que levou em consideração: a) a necessidade de ter em conta os direitos, liberdades e garantias, no nível agregado, bem como os compromissos dos Estados, pela paz e dignidade humana; b) o desenvolvimento de estudos e pesquisas e o interesse da opinião pública mundial pela ideia de criar um tribunal constitucional cooperação internacional; e c) a importância de coordenar esforços e o projeto inovador.

Na declaração, restou decidido que:

1. Leur conviction que la reconnaissance d'une normativité constitutionnelle internationale, mondiale ou globale et des principes d'une constitution matérielle, qui existent déjà, n'impliquent nullement l'existence d'un Etat planétaire ni une constitution mondiale formelle.

2. Leur croyance qu'une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l'universalisation et l'effectivité de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme.

3. Leur intention de travailler pour l'élaboration d'un projet d'avenir, réfléchi et réaliste qui puisse évoluer vers des solutions acceptables et consensuelles.

Décidons, en conséquence, de créer un collectif pour la Cour Constitutionnelle Internationale, qui pourrait avoir des sections nationales et / ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet.⁶

Em que pese o TCI, assim como o constitucionalismo universal, ainda esteja em formação, já pode se vislumbrar, pelas discussões em torno de sua implementação, os aspectos relacionados à sua estrutura e composição, a serem analisados no próximo tópico.

3 ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO DO TCI

3.1 INSTRUMENTO CONSTITUTIVO ESTRUTURANTE

A primeira questão a ser trabalhada para a criação do TCI é o instrumento constitutivo a ser utilizado para a sua deflagração. O caminho mais previsível em uma análise da recente conjuntura internacional é o surgimento do tribunal por intermédio de um tratado. A transformação do Direito Internacional em norma escrita – o denominado processo de codificação do DI (ACIOLLY; SILVA; CASELLA, 2012) – é uma tendência natural desse ramo na contemporaneidade.

Discute-se, a partir de então, a vinculação ou não do TCI ao sistema ONU. Isso porque, como visto, as Nações Unidas já possuem um órgão judicial em funcionamento – a Corte Internacional de Justiça com sede em Haia – e a criação de uma nova corte ligada ao principal organismo intergovernamental do globo poderia ensejar em uma eventual confusão de competências.

Entretanto, eventual integração do Tribunal Constitucional Internacional à ONU não implicaria necessariamente uma interferência nas atribuições da CIJ, uma vez que, como se

⁶Da tradução livre do francês: “1. Há convicção de que o reconhecimento de uma normatividade Constituição internacional, mundial ou global e os princípios de constituição material, que já existe, não implica, de forma alguma, a existência de uma constituição mundial formal. 2. A convicção de que um Tribunal Constitucional Internacional constituirá passo decisivo para a universalização e a eficácia do Estado de Direito, a democracia e direitos humanos. 3. A intenção de trabalhar para o desenvolvimento de um projeto para o futuro, abordagem reflexiva e realista que pode evoluir para soluções aceitáveis e consensuais. Decidir, portanto, criar um coletivo para o Tribunal Constitucional Internacional, que pode ter seções nacionais e/ou regionais, com vistas a contínua reflexão e finalização do projeto”.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

observará no próximo item (tópico 4), a competência e jurisdição internacionais do TCI seriam distintas. Ademais, a incorporação do TCI na ONU significaria mais uma aproximação do aparato institucional, da divulgação de suas ações e da busca de financiamento do que uma tentativa de suprimir as funções já desempenhadas pela CIJ.

Superado o obstáculo da fonte a ser utilizada no Direito Internacional para criar o TCI, surge a discussão de como se estruturaria o estatuto do tribunal. Dentro dessa análise, a principal problemática orbita em torno do artigo 19 da Convenção de Viena de 1969, *in verbis*:

Artigo 19. Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. (BRASIL, 2009)

Segundo Aciolly, Silva e Casella (2012), o problema das reservas a tratados multilaterais tem sido um dos mais complexos em Direito Internacional, já que durante muito tempo a doutrina internacionalista era no sentido de que um tratado só podia ser ratificado tal qual foi assinado: ou deveria ser aprovado integralmente, ou rejeitado.

Em virtude dessa discussão sobre as reservas, o estatuto do TCI, dado os delicados temas a serem decididos pela corte, deverá solucionar a possibilidade ou não dos Estados salvaguardarem determinados dispositivos do regulamento. Essa solução foi apresentada, por exemplo, pelo Estatuto de Roma⁷, que, em seu artigo 120, dispôs que não seriam admitidas reservas àquele estatuto.

3.2 A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

No que se refere à composição do TCI, Paulo Ferreira da Cunha (2016) pontua que se planeja que o tribunal seja composto por 21 juízes, eleitos pela Assembleia Geral da ONU, com base numa lista proposta por um colégio eleitoral, formado por especialistas em Direito e também representantes político-internacionais.

De acordo com Cunha

Esse colégio, muito vasto, integrando os juízes (do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional) e os membros do Comité de

⁷ Assinado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Itália, o mencionado estatuto é o instrumento jurídico que constituiu o Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

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 (CUNHA, 2016, p. 40).

É visível uma inspiração daqueles que projetam a composição do TCI com o formato de funcionamento da CIJ. A Corte Internacional de Justiça, em uma breve comparação, é composta por quinze juízes de nacionalidades distintas (artigo 3º do Estatuto da CIJ⁸) eleitos para mandato de nove anos pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pelo Conselho de Segurança a partir de uma lista de pessoas nomeadas por grupos nacionais na Corte Permanente de Arbitragem (artigo 4º⁹), sendo prevista a possibilidade de reeleição ao cargo no artigo 13.

Outra questão importante a ser discutida para a organização do tribunal é o seu sistema de financiamento. Isso porque a grande maioria dos tribunais internacionais na atualidade dependem para o funcionamento de suas atividades do aporte financeiro dado pelos próprios Estados. Estes, cada vez mais temerosos com decisões contramajoritárias dos tribunais, podem colocar em risco a existência do TCI se um acordo para as suas fontes de financiamento falhar.

De todos os aspectos que rondam a sua criação, o TCI, inobstante o projeto estar apenas em fase de discussão, somente poderá começar a ganhar corpo próprio a partir da sua diferenciação em relação à competência da CIJ. É o que se analisará no próximo tópico.

4 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DO TCI

Antes de adentrar nas possibilidades que se preveem para instituir a competência do TCI, é importante conhecer as atribuições já previstas à CIJ. A Corte Internacional de Justiça possui competência ampla, podendo apreciar, em tese, qualquer tipo de demanda. No tocante

⁸ Artigo 3º. A Corte será composta de quinze membros, não podendo figurar entre eles dois nacionais do mesmo Estado. A pessoa que possa ser considerada nacional de mais de um Estado será, para efeito de sua inclusão como membro da Corte, considerada nacional do Estado em que exercer ordinariamente seus direitos civis e políticos.

⁹ Os membros da Corte serão eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança de uma lista de pessoas apresentadas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem, de acordo com as disposições seguintes. Quando se tratar de Membros das Nações Unidas não representados na Corte Permanente de Arbitragem, os candidatos serão apresentados por grupos nacionais designados para esse fim pelos seus Governos, nas mesmas condições que as estipuladas para os Membros da Corte Permanente de Arbitragem pelo Artigo 44 da Convenção de Haia de 1907, referente à solução pacífica das controvérsias internacionais. As condições pelas quais um Estado, que é parte do presente Estatuto, sem ser Membro das Nações Unidas, poderá participar na eleição dos membros da Corte serão, na falta de acordo especial, determinadas pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

às matérias que poderá analisar (*ratione materiae*), sua competência estende-se a todas as questões que as partes lhe submetam, bem como a todos os assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

No tocante a quem poderá postular perante a Corte (*ratione personae*), sua competência abrange apenas os Estados, sejam ou não membros das Nações Unidas. Dessa forma, o *locus standi* está restrito a estados, devendo quaisquer pessoas jurídicas e físicas solicitar aos seus respectivos governos que levem ao conhecimento da Corte, em seu nome, suas demandas jurídicas.

Para acionar a Corte Internacional de Justiça e pleitear a decisão contenciosa, os estados poderão proceder de três formas distintas: (i) por meio de uma notificação prévia de uma ou ambas as partes enviada à Corte, fundada em tratados que estipulem a CIJ como foro competente para julgar os litígios; (ii) mediante acordo especial posterior ao litígio, em que ambas as partes aceitam a jurisdição da Corte para resolver a controvérsia, estipulando-se a competência depois do fato; ou, ainda, (iii) utilizando-se um estado de petição para interpelar o outro, por acreditar o autor ter o réu violado alguma obrigação de direito internacional – de forma equivalente ao que seria o meio mais comum nos direitos internos (ACIOLLY; SILVA; CASELLA, 2012).

Entretanto, uma importante crítica que se faz à CIJ é a falta de competência compulsória que obrigasse os estados a submeterem suas contendas à Corte. Na prática, os Estados decidem se querem ou não se submeter ao sistema jurídico internacional sob a jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Além da competência em matéria contenciosa, possui a Corte uma competência especial, em matéria consultiva, a qual lhe foi atribuída pelo artigo 96¹⁰ da Carta das Nações Unidas, e acha-se mais bem regulada no Capítulo IV do Estatuto da Corte. Poderá a CIJ emitir parecer consultivo sobre qualquer questão de direito internacional, a pedido da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança, ou de qualquer outro órgão das Nações Unidas ou entidade especializada que, em qualquer época, tenha sido devidamente autorizada a fazer um questionamento à Corte pela Assembleia Geral.

¹⁰ Artigo 96. 1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

O papel do Tribunal Constitucional Internacional, por seu turno, seria receber e julgar as reclamações da sociedade civil e da comunidade política em relação à violação da normatividade constitucional internacional depois de ouvir o Estado em questão, além da função de avaliação e aconselhamento aos Estados-membros que pretendam alterar suas constituições, suas leis eleitorais ou a sua legislação sobre partidos políticos, associações, meios de comunicação e também as liberdades civis, além de fortalecer o sistema jurisdicional internacional, não como um novo Estado, mas como meio de concretizar uma comunidade internacional democrática, pautada na valorização do homem e do meio ambiente.

Pagliarini, ao analisar a competência a ser balizada pelo TCI, assevera que:

O TCI teria competência, prevista na nova Carta da nova ONU (órgão representante do *Mundus Novus*), para o exercício duas funções – classicamente constitucionais –, quais sejam: (i) controlar as normas estruturantes do *Mundus Novus*, tendo como normas-parâmetros a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos; (ii) Controlar a constitucionalidade (internacional) das normas de Direitos Humanos e zelar pela aplicação desses Direitos em favor dos habitantes desse *Mundus Novus*. (PAGLIARINI, 2017, p. 38).

A ideia é a de que o “Tribunal Constitucional Internacional seja uma força de intervenção em determinados casos dentro do Direito Interno. Quando o último se revelar impossível e onde prevalecer a sensação de que estas tensões não podem ser resolvidas por uma interpretação simples, o procedimento de revisão constitucional será indispensável” (MENEZES, 2017, p. 20). O Conselho de Direitos Humanos e a Comissão para os Direitos Humanos, além dos organismos regionais, não possuem poderes judiciais reais, embora sejam tutores do grande e complexo conjunto normativo internacional.

Dentro dessa análise, Menezes elucida que:

O exercício da jurisdição e da soberania passaria pela criação de um mecanismo judicial capaz de reprimir atentados contra a democracia e os direitos humanos, bem como evitar que uma junta governamental conseguisse monopolizar o poder e a riqueza de um país. Também seria uma garantia contra governos que tentam silenciar todas as vozes livres, justificando suas atitudes com o apelo à soberania e à cultura, como uma capa que esconde a miséria política de seus cidadãos e busca legitimidade, por meio de mecanismos superficiais, como se fosse uma democracia genuína no cenário internacional. A diversidade cultural e os costumes devem ser meios para enriquecer a comunidade internacional como um todo, e não para evitar a construção de um plano de proteção à dignidade humana. A pluralidade pode contribuir para os avanços da sociedade e sobretudo denunciar aqueles que tentam usá-la como um escudo covarde para oprimir e neutralizar direitos (MENEZES, 2017, p. 19).

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Segundo Menezes (2017), a originalidade do Tribunal Constitucional Internacional é que este seria orientado para as liberdades públicas, as mesmas liberdades que são constitutivas da democracia, em conjunto com os direitos humanos. Esta descrição, em seus dizeres, “está no coração do projeto”. Assim, o Tribunal Constitucional Internacional poderia interferir e mediar, fazer valer uma análise técnica, autônoma e imparcial para além da decisão de cunho político, um passo a mais na busca por democracia, por dignidade humana e por paz.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2017) ao realizar uma análise sobre o Direito a ser aplicado pelo TCI questiona se seria uma temática relacionada ao Direito Internacional Público ou afeta ao Direito Internacional Privado harmonizado. Monaco pontua que se o TCI atuará apenas e tão somente naquelas hipóteses em que o Estado interessado tiver dificuldades para fazer atuar a sua própria constituição, aparentemente ameaçada por medidas políticas a respeito de cuja legitimidade pende uma dúvida, nada mais adequado do que esta jurisdição internacional – e neutra – analisar o litígio pendente a partir do texto constitucional legitimamente e efetivamente vigente naquele estado.

Nesse sentido, Monaco (2017, p. 23) projeta a inclusão do seguinte dispositivo no estatuto do TCI a ser elaborado (não passando, por óbvio, de apenas uma hipótese, vez que o ainda não há qualquer tratado em vigor sobre o tema):

Artigo x: Na análise dos casos afetos a sua competência, a Corte Constitucional Internacional resolverá o litígio com a aplicação das normas constitucionais que estejam em vigor no Estado respectivo. Na hipótese de o litígio versar a respeito da legitimidade da substituição das normas constitucionais por outras, a corte poderá analisar as disposições supostamente revogadas e as normas atualmente em vigor a fim de determinar a legitimidade da sucessão destas normas no tempo.

Estabelecendo o direito aplicável, o tribunal estaria recorrendo, de acordo com Monaco, a mecanismos de indicação do direito aplicável universalmente reconhecidos: o direito internacional privado e o direito intertemporal. Garantiria, portanto, legitimidade para o método de escolha das normas aplicáveis em sua atuação, diminuindo o espaço para queixas acerca da interferência em assuntos internos.

Mesmo com esse esforço para distanciar as críticas de interferência doméstica, Monaco assinala que:

Difícilmente haveria a eliminação desta queixa, que remanesceria, entretanto, enquanto argumento político, enquanto narrativa. No entanto, juridicamente, ao fazer atuar a norma constitucional local para que os fatos contestados fossem analisados segundo o conteúdo da norma constitucional vigente naquele próprio ordenamento, a Corte

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Constitucional Internacional conseguiria legitimar sua decisão, segundo me parece, de um modo mais adequado do que se estivesse analisando as medidas políticas contestadas a partir de padrões que não fossem exatamente os daquele ordenamento constitucionalmente orientado (MONACO, 2017, p. 23).

A criação do TCI reuniria, assim, esforços para atender aos anseios de uma nova forma de pensamento sobre o Direito Internacional e suas instituições e, principalmente, sobre a forma de como a sociedade interna de um país deseja por respostas mais efetivas perante a estrutura interna judiciária dos seus Estados.

5 O TCI E SUA RELAÇÃO COM AS CORTES CONSTITUCIONAIS INTERNAS DOS ESTADOS: UMA PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS

O diálogo entre cortes constitucionais e da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista e vários autores estrangeiros e nacionais trataram sobre o tema recentemente¹¹. Sendo uma das marcas do constitucionalismo contemporâneo, esse fenômeno denominado por Marcelo Neves (2009) de transconstitucionalismo ganhou força na virada do século XXI e, naturalmente, seria um dos principais desafios do TCI em sua criação.

O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/dualismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria auto fundamentação, reconstruem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade.

Embora o conceito clássico de constituição seja algo intimamente ligado ao Estado nacional, isso não implica que, contemporaneamente, a interpretação constitucional também tenha que se limitar às fronteiras de casa país. O constitucionalismo e a interpretação constitucional, conforme defendido ao longo desta pesquisa, não são apenas questões estritamente nacionais porque, dentre outras questões já levantadas, os problemas são

¹¹ Calixto (2017) assinala que várias são as abordagens e denominações que surgiram sobre o tema na literatura jurídica, tais como o constitucionalismo multinível (PERNICE, 2009), o pluralismo constitucional (WALKER, 2002), a interconstitucionalidade (CANOTILHO, 2008), o cross-constitucionalismo (TAVARES, 2009) e o constitucionalismo transnacional (ARAGÓN REYES, 2007).

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são.

Destarte, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Neves (2009) assevera que o transconstitucionalismo pode ser visto como sendo o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. A principal característica deste processo é o fato de uma mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada, concomitantemente, por diversas ordens. Hodiernamente, os problemas de direitos fundamentais e limitação de poder são os mais propensos a gerarem tal espécie de diálogo.

Neste diapasão, pode-se pensar que todos os Estados Nacionais compõem um sistema social global. Pela teoria dos sistemas, esta sociedade global é composta por vários outros sistemas (subsistemas) diferenciados entre si, onde se pode destacar o sistema jurídico. O que vai caracterizar tal subsistema nesta sociedade global é o fato dele também ser multicêntrico, sendo caracterizado por Neves (2009) como sendo um “sistema de níveis múltiplos”, no qual nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva.

Em síntese, Ramos (2012, p. 500) entende que o pluralismo de ordens jurídicas consiste:

[...] na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional).

Com efeito, essa inter-relação entre as diversas ordens jurídicas não se dá segundo um modelo interno/externo, onde cada ordem trataria as outras como externas ao sistema, mas segundo um modelo centro/periferia, ou seja, cada ordem enxerga as demais como integrantes do mesmo sistema global.

A relação transconstitucional entre ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas (relações de *input* e *output*), interpenetrações e interferências entre sistemas em geral, mas sobretudo de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito. É a partir do preenchimento do

conteúdo do código binário que se abre a possibilidade de convívio construtivo entre as ordens jurídicas em entrelaçamento, na busca da solução do problema transconstitucional.

O transconstitucionalismo também pode ser vislumbrado, segundo Neves (2009), entre cortes constitucionais de diversos Estados, que estabelecem entre si uma verdadeira “conversação” constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Essa, sem dúvidas, teria que ser uma das marcas do Tribunal Constitucional Internacional ao enfrentar violações de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados.

Ultrapassada a justificativa das razões pelas quais a ordem interna de proteção aos direitos humanos é beneficiada pela análise das constituições e decisões exteriores, é preciso depreender em que consiste tal fenômeno.

Desse modo, tendo como proposta central a busca por uma convivência cooperativa, e não destrutiva, entre as perspectivas jurídicas apresentadas pelas decisões emanadas dos tribunais nacionais e internacionais, o transconstitucionalismo, indica Neves (2009), seria o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos para ser o modelo de articulação, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.

Como um exemplo de diálogo entre cortes na América Latina, tem-se o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Estado brasileiro reconheceu sua jurisdição em 1992. Com a tarefa de fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de direitos humanos contraídas pelo Estado, referida Corte, no entanto, esbarra em interpretações nacionalistas dos tratados de direitos humano, que nega a universalidade dos mesmos.

A partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideias, o que importa é o livre comércio de experiências, de ideias, de teorias. Esse livre comércio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre, ocorrendo no nível da argumentação e podendo operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Além disso, pode existir também entre várias ordens jurídicas nacionais por meio de uma instância supranacional.

Neves (2009) conclui que há uma nítida transformação no sentido de superação do constitucionalismo provinciano para o transconstitucionalismo. Com isso, o Estado deixou de ser o único local privilegiado de solução dos problemas constitucionais. A integração

sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou a desterrar problemas jurídico-constitucionais que se emanciparam do Estado.

O transconstitucionalismo implica no reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas estão entrelaçadas em busca da solução de problemas constitucionais – como de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder – que seja concomitantemente relevante. Com efeito, deve-se buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, podendo-se afirmar que o transconstitucionalismo ensejará para o Tribunal Constitucional Internacional o reconhecimento dos limites de observação de sua ordem.

Como visto acima, há tanto harmonia quanto dissonância no encontro das normas internacionais e nacionais. A busca de parâmetros para estimular a harmonia (parâmetros do diálogo das Cortes) e mecanismo para contornar o dissenso permite antever um relacionamento mais convergente entre as ordens jurídicas plurais. Como afirma Ramos (2012, p. 522): “evitar a ruptura e estimular a convergência em prol da humanidade é uma tarefa que se impõe aos estudiosos da pluralidade das ordens jurídicas”.

Partindo desse marco normativo plural, o TCI definitivamente não seria um “árbitro ou juízo final” a determinar de modo incontestado e inquestionável todas as hermenêuticas do constitucionalismo universal. É o que assinala Kumm (1999) ao advogar que eventual aprimoramento da interpretação normativa compensa incoerências pontuais entre a jurisprudência dos órgãos judiciais em situação de conflito, afirmando que não faz sentido a busca por um “árbitro final”.

Em semelhante linha, Carlier (2000) critica os defensores de uma hierarquização monista entre as jurisdições concorrentes no tocante à proteção de direitos humanos, uma vez que seria possível contemplar, nessa proteção, tanto o pluralismo normativo quanto o pluralismo processual, o que auxiliaria no incremento da proteção oferecida ao indivíduo.

A dicotomia monismo/dualismo falha ao apresentar soluções para as relações que as cortes constitucionais devem estabelecer entre si e com os tribunais internacionais. Isso porque não há como definir a supremacia de uma corte sobre a outra, cada qual possuindo uma jurisdição específica e bem delimitada. Não seria diferente com o TCI. Se no futuro o seu projeto se concretiza na criação de um novo tribunal internacional não há como pensar outro caminho para sua relação com as demais cortes internacionais e internas dos países a não ser o da pluralidade de ordens jurídicas que não se sobrepõem, mas que coexistem em um mesmo cenário internacional.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

O que prevalecerá entre o TCI e os demais órgãos judiciais é o diálogo entre as cortes e a construção do processo de *fertilização cruzada* da hermenêutica constitucional internacional, mormente ao se considerar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos lida com normas de redação genérica. As decisões já existentes sobre o alcance e o sentido de determinado direito servirão de importante orientação para a formação do TCI.

Esse exemplo de harmonia entre as ordens internacional e nacional contribui (e contribuirá com a materialização do TCI) para o uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos tribunais nacionais.

Para exarar essa interpretação constitucional dentro do sistema jurídico internacional, o Tribunal Constitucional Internacional precisará abordar a forma como exercerá o seu controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Esse é o tema do próximo e último tópico deste artigo.

6 OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE NO TCI

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos instituídos nos continentes americano, africano e europeu (mencionados no item 2.2) orientam-se por uma atuação complementar em relação ao sistema global (ONU). Todos eles atuam, também, de forma complementar ao direito interno dos Estados nacionais, ou seja, continuam a ter, os países, a primazia no processo de concretização de direitos humanos. Com o Tribunal Constitucional Internacional não seria distinto.

Conci (2014) indica que o caso do modelo brasileiro de jurisdição constitucional é um dos tantos exemplos que poderiam ser citados como a enfrentar modelos híbridos de controle de constitucionalidade. Do bloco de constitucionalidade são parte não somente as normas constitucionais (ou seja, não o texto constitucional, mas a interpretação que dele deriva) mas também dos tratados de hierarquia constitucional no plano interno. Todas são fontes jurídicas para o controle de constitucionalidade. Além disso, a jurisprudência vinculante (sumulada) criada e desenvolvida no Brasil especialmente pelo STF também compõe o bloco de constitucionalidade.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

De acordo com Ramos (2012, p. 508), “o bloco de constitucionalidade consiste na reunião dos textos considerados de estatura constitucional, o que inclui a Constituição e outros diplomas normativos igualmente considerados de hierarquia constitucional”.

Assim, significa dizer que o que afronta o bloco de constitucionalidade pode ser tido como não direito, por intermédio de órgãos judiciais habilitados para fazer parte da jurisdição constitucional brasileira. Com isso, a inconstitucionalidade sempre afeta a validade dessas normas. Em alguns casos, também a sua eficácia, como nos casos em que o juiz declara leis inconstitucionais de forma definitiva (controle concentrado e abstrato ou súmulas vinculantes). Há outros casos em que há invalidade mas unicamente a suspensão da eficácia para o caso concreto, como nos casos de controle difuso e concreto de constitucionalidade.

O paradigma desse controle se consubstancia na lógica da hierarquia, é dizer, a partir de um sistema jurídico supra infraordenado (ordenado de cima para baixo) desde a Constituição, verifica-se o que é válido e inválido. A condição de validade das normas de hierarquia inferior, seja no plano material, seja no plano formal, depende de uma relação de ordenação com as de hierarquia superior. O descompasso com essa relação de supra infraordenação leva ao fenômeno de inconstitucionalidade, que tem no Poder Judiciário uma voz importante na organização do ordenamento jurídico nacional.

Assim, todo e qualquer controle a partir do bloco de constitucionalidade, utiliza-se de norma nacional (ainda que decorrente de tratado internacional) para controlar outra norma nacional, não está a tratar de controle de convencionalidade. O controle de constitucionalidade impera os critérios estrutural-hierárquico ou, ainda, temporal ou especial, de modo que esses critérios não se adéquam ao controle de convencionalidade, que exige critérios materiais para resolução de eventuais conflitos entre direitos humanos previstos em ordens jurídicas que se entrelaçam, como é o caso do direito interno e do direito internacional dos direitos humanos.

Diferentemente do controle de constitucionalidade, para o controle de convencionalidade não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições no plano interno ou internacional, segundo uma perspectiva estrutural ou formal. A preferência não se impõe a partir de critério formal ou estrutural. Decorrência disso é que o controle de convencionalidade aprofunda uma realidade que diz respeito à necessidade de se dar relevo aos mecanismos não somente de contato entre os juízes do mesmo estado nacional, mas também e ainda, com juízes de outros estados nacionais e de cortes internacionais.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Trata-se do que se define como diálogo entre cortes ou diálogo interjurisdicional (trabalhados no item 5). Significa que além da questão da vinculação dos juízes aos julgados com caráter obrigatório em ambiente nacional temos desde há algum tempo, outra questão que merece uma atenção cada vez mais acurada, que diz respeito não somente ao diálogo vertical entre tribunais de um mesmo estado nacional, mas, ainda, ao diálogo entre cortes nacionais e tribunais internacionais, que se estabelece segundo uma lógica horizontal.

A existência desses órgãos internacionais é importante para eliminar o que Ramos (2012) denomina de *truque de ilusionista* dos Estados no plano internacional, ou seja, os países assumem obrigações internacionais, as descumprem com desfaçatez, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com sua própria interpretação.

O chamado *judex in causa sua* típico do Direito Internacional – o Estado é o produtor, destinatário e intérprete de suas normas – contribuía para isso. Porém, com o reconhecimento da jurisdição de tantos órgãos internacionais, os Estados demonstram para a comunidade internacional que não mais desejam ser ilusionistas, o que fortalece a defesa pela afirmação dos direitos humanos com maior efetividade no Direito Internacional.

Ao praticar esse ilusionismo, os Estados ferem a solidariedade que, segundo Campello (2013), estrutura o ordenamento jurídico internacional na condição de elemento determinante na criação de normas e na revisão ou modificação de regras e situações jurídicas. Verifica-se, assim, que em vez de argumentos fundados na lógica do precedente de força vinculante, se estabelece um diálogo baseado no uso de força persuasiva desses julgados, ainda que essas experiências sejam baseadas em opções não feitas pelas cortes as quais se observa, ou seja, que se invoque um raciocínio ou um julgado de modo a decidir contrariamente a ele ou mesmo chegando a um resultado não alcançado no julgado paradigma.

Conci (2014) afirma que o que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma do controle. Se a partir do bloco de constitucionalidade não se está a falar em controle de convencionalidade, como visto. O controle de convencionalidade tem fundamento jurídico nos artigos 1.1.º, 2.º e 63 da CADH, visto que se baseia na condição obrigatória que assumem os estados-partes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) de fazer com que o seu direito interno esteja de acordo.

Dentro dessa análise, o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: efeito útil; *pro homine*; e boa-fé ou *pacta sunt servanda*. Apesar de não dispor a Corte IDH de competência para anular decisões nacionais – de cunho normativo,

administrativo ou de resolução de conflitos – sua jurisprudência pode levar à condenação do Estado nacional quando toma decisões contrárias aos seus precedentes da Corte IDH ou aos tratados que a ela cabe ser a principal guardiã (CONCI, 2014).

O controle de convencionalidade deve atingir outros campos da atuação estatal, especialmente aqueles que desenvolvem função de controle de constitucionalidade ou de legalidade, como, por exemplo, no processo legislativo, as comissões que analisam a constitucionalidade dos projetos de leis e das propostas de emenda à Constituição, o Presidente da República quanto exerce a sua atribuição de veto/sanção e os agentes públicos no exercício de função administrativa.

Trata-se, na prática, de um modo de entrelaçamento claro de ordens jurídicas que desembocam nas autoridades públicas com poder decisório, que devem aplicar o Direito, e, não somente, a lei ou a constituição.

Assim, o controle de convencionalidade se desenvolve como um instrumento de contato entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Este contato é estabelecido a partir de um fluxo de normatividade que deriva do direito internacional dos direitos humanos, de seus tratados internacionais ou da jurisprudência da Corte IDH.

Desse modo, a necessidade de alinhamento prático com o cenário internacional que o constitucionalismo universal enfrenta como desafio para sua consolidação como um fenômeno recorrente nas esferas judiciais estaria finalmente institucionalizada com o Tribunal Constitucional Internacional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente da necessidade de se criar uma constituição global escrita, o projeto de criação do Tribunal Constitucional Internacional pode contribuir para a consolidação do constitucionalismo como um fenômeno recorrente nas esferas judiciais internacionais. Inserindo-se em uma lógica de ordens jurídicas plurais, o TCI se alinha com o constitucionalismo multinível e permite uma maior proteção e afirmação dos regimes internacionais de Direitos Humanos.

Trazendo tais apontamentos teóricos para a realidade projetada do TCI, não é custoso notar que os preceitos aplicados internacionalmente e acima apresentados ao controle de convencionalidade, e já adotados pelos demais tribunais internacionais, seriam a base

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

fundamental a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional Internacional para o seu próprio controle com os demais tratados internacionais.

A questão que aparentemente apresenta-se como mais espinhosa reside em determinar qual seria o instrumento de supremacia constitucional a ser observado pelo controle de constitucionalidade adotado pelo TCI. Isso porque para exercer um controle abstrato, concentrado, difuso ou concreto de constitucionalidade o tribunal precisaria ter um paradigma constitucional a ser seguido.

É a partir dessa necessidade que os caminhos do Tribunal Constitucional Internacional se encontram com os argumentos apresentados acerca do que seria esse núcleo constitucional internacional. Assim, para analisar os casos apresentados em sua jurisdição, o TCI teria como parâmetro e fundamento os regimes internacionais de Direitos Humanos e a Carta da ONU para exercer o seu controle de constitucionalidade.

O passo decisivo que se necessita dar é o de que a finalidade humana da norma internacional, que é o bem comum de toda a humanidade, deve ser posta em prática para superar o paradigma interestatal no Direito Internacional contemporâneo. Essa teleologia dará coesão às normas internacionais que versam sobre direitos humanos, mitigando a sua fragmentação e mantendo o processo de expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas relações inter e intraestatais.

8 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo, v. I, n. 24, p. 7-14, set./dez. 2016.

ARAGÓN REYES, Manuel. La Constitución como paradigma. in CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 29-40.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Lex, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:
EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO
INTERNACIONAL

CALIXTO, Angela Jank. *Diálogos Interjudiciais e os Fatores para sua Promoção no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. 2017. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2017. Disponível em: <http://posgraduacao.ufms.br/portal/trabalho-arquivos/download/5328>. Acesso em: 20 dez. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CARLIER, Jean-Yves. La garantie des droits fondamentaux em Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg. *Revue québécoise de droit international*. Québec, p. 37-61, 2000.

CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

CHARNEY, Jonathan. The impact in the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *New York University Journal of International Law and Politics*. Nova York, 1999, p. 697-708.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 232, p. 363-382, jun./2014.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo, v. I, n. 24, p. 25-42, set./dez. 2016.

FRANCK, T. *Is the UN Charter a constitution?* In Frowen, J. A.; SCHARIOTH, K.; HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KUMM, Mattias. Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. *Common Market Law Review*. Leiden, p. 351-386, 1999.

MAZOURKI, Moncef. *Le mal arabe: entre dictatures et intégrismes. La démocratie interdite*. Paris: Éditions l'Harmattan, 2004.

O PROJETO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:
EXPANSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO
INTERNACIONAL

MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 677-705, mai./ago. 2017.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de direito internacional público ou de direito internacional privado harmonizado? *Revista Internacional d'Humanitats*, São Paulo, v. I, n. 41, p. 19-26, set./dez. 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Nova ordem jurisdicional mundial. *Revista Internacional d'Humanitats*, São Paulo, v. I, n. 41, p. 27-40, set./dez. 2017.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism. *The Columbia Journal of European Law*, v. 15, n. 3 p. 350-407, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 17-55, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*. Malden, v. 65, n. 3, p. 317-360, 2002.