

ropéia, a Segunda Turma [Senat] do Tribunal Constitucional Federal alemão manteve condições para a aplicação do direito de integração contra o direito nacional, nos seguintes termos: "Enquanto [Solange] as Comunidades Européias, especialmente a jurisdição do Tribunal das Comunidades, garantirem de forma geral uma proteção efetiva dos direitos fundamentais perante o poder das comunidades, que seja considerada, no essencial, equivalente à proteção dos direitos fundamentais incondicionalmente prescrita na Lei Fundamental, garantindo sobretudo o seu conteúdo essencial, o Tribunal Constitucional Federal não mais exercerá a sua competência jurisdicional sobre a aplicabilidade de direito comunitário derivado que seja invocado como fundamento jurídico para uma conduta de tribunais ou órgãos públicos alemães na área soberana da República Federal da Alemanha, nem controlará esse direito conforme os critérios dos direitos fundamentais da Lei Fundamental."¹¹⁰ Como se pode observar, nessa decisão, admitia-se, ao contrário da primeira, que o TJCE, no momento, estaria atuando em conformidade com o regime de direitos fundamentais da Lei Fundamental, mas ainda se fazia uma reserva: desde que ele deixe de atuar em conformidade com esse regime, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha poderá passar a exercer novamente um controle constitucional sobre suas decisões, quando essas pretenderem ser internalizadas. Assim sendo, o Tribunal alemão não se lhe nega a postura de avaliador último da legitimidade da internalização das decisões do TJCE no direito alemão. Em outras palavras, o Tribunal alemão ainda se afirma como o controlador do controlador¹¹¹. Mas, ao atuar assim, ele abre espaço para que tribunais constitucionais de outros Estados-membros da União Européia imponham a mesma reserva, em um modelo de reação "contrapontual".

110. BverfGE 73, 339 (1986), p. 340.

111. Cabe relembra aqui o debate, entre Kelsen (1931) e Schmitt (1931), sobre o guardião da Constituição, em que, ao menos no âmbito do constitucionalismo, a tese liberal do primeiro prevaleceu na prática. O problema é que, na concepção de "hierarquia entrelaçada", todo controle implica um *contra*controle, não havendo, a rigor, o controle último e definitivo (Luhmann, 1987c, p. 63), mas apenas, eventualmente, o predominate ou "hegemônico".

Também de grande relevância no debate sobre o desenvolvimento foi a decisão *Maastricht*, de 12 de outubro de 1993¹¹², motivada especialmente pelo Tratado da União Européia, que foi assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992 e entrou em vigor em 1º de Novembro de 1993. Nesse julgamento, a Segunda Turma [Senat] do Tribunal Constitucional alemão, invocando o princípio democrático, determinou limites à vinculação jurídica da Alemanha ao processo de desenvolvimento da integração supranacional europeia. Nessa decisão, estabeleceu-se, entre outras condições, a seguinte: "O princípio democrático não impede a República Federal da Alemanha de ser membro de uma comunidade interestatal – organizada supranacionalmente. Pressuposto para ser membro é, porém, que uma legitimação e influência emanada do povo também esteja assegurada na união de Estados". E, após insistir que "o Tribunal Constitucional Federal alemão controla se os atos jurídicos das instituições e órgãos europeus mantêm-se nos limites das competências que lhes foram concedidas ou rompem com eles (BVerfGE 75, 223)", acrescentava: "Na interpretação das normas de competência mediante instituições e órgãos das comunidades deve-se considerar que o Tratado da União distingue fundamentalmente entre o exercício de uma competência funcional concedida em termos limitados e a alteração do Tratado, e, por isso, que sua interpretação, no resultado, não pode ser igualada a uma ampliação de tratado; uma tal interpretação de normas de competência não produziria nenhum efeito vinculante para a Alemanha."¹¹³

Essas decisões provocaram reações críticas de juristas entusiastas da integração europeia, destacando-se a posição de Joseph Weiler, com a seguinte afirmativa, entre outras: "a solução oferecida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão [...] não é conversação [...] Embora o Tribunal alemão mencione que essas decisões têm de ser tomadas em cooperação com o TJCE, ele reserva a si mesmo a última palavra. Um *diktat* europeu é simplesmente substituído por um nacional. E um *diktat* nacional é muito mais destrutivo para a comunidade, se se contempla a possibilidade de quinze diferentes interpretações."¹¹⁴ Mas é exatamente nes-

112. BverfGE 89, 155 (1993)

113. *Ibidem*, p. 156.

114. Weiler, 1999, p. 322.

A primazia do direito comunitário perante o direito nacional, sustentada pelo TJCE com base na concepção de que haveria uma vinculação direta do tratado comunitário com os povos europeus, não é negada pelos tribunais constitucionais, mas é relativizada, tendo em vista que ela pode ser excepcionalmente desconsiderada se não preencher certas condições determinadas pelo direito constitucional do respectivo Estado¹⁰⁴. Essa variação de um Estado-membro em face do direito comunitário pode servir, porém, a uma postura semelhante de outros Estados-membros no âmbito da mesma matéria, tendo em vista inclusive a invocação do princípio isonômico. Daí por que se impõe a observância dos "princípios do direito contrapontual"¹⁰⁵, promotores da autonomia das "melodias" nacionais que contribuem, juntamente com as comunitárias, mediante participação não hierárquica, para o sucesso do entrelaçamento supranacional¹⁰⁶.

A questão se complica quando se considera que tanto o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quanto os tribunais constitucionais dos Estados são órgãos encarregados de aplicar o direito comunitário, assim como o TJCE está incumbido de interpretar o direito doméstico para definir a sua compatibilidade com o direito comum da União. Dessa maneira, surge um modelo de quatro ângulos de compreensão normativa: o TJCE perante texto normativo comunitário e diante de texto normativo estatal; tribunal constitucional em face de texto normativo comunitário e perante texto normativo estatal¹⁰⁷. Mas todas essas perspectivas de construção normativa convergem para o mesmo caso, cujo enquadramento normativo também poderá variar sensivelmente, conforme seja construído juridicionalmente pelo TJCE ou pelo tribunal constitucional envolvido na controvérsia jurisprudencial. É claro que a "conversação" constitucional pode levar a uma postura de cooperação, reduzindo os conflitos ou solucionando-os, de maneira que seja consistente e adequada em relação às ordens coli-

104. Cf. Maduro, 2003, pp. 508 ss.

105. Maduro, 2003, pp. 524 ss.

106. "Contraponto é a técnica musical de harmonização de diferentes melodias que não estão em uma relação hierárquica *inter se*." (Maduro, 2003, p. 523).

107. Nesse sentido, cabe falar de "intertextualidade" (Christensen e Fischer-Lescano, 2007, pp. 78 ss.) no transconstitucionalismo europeu.

dententes. Mas se há uma unidade do direito constitucional europeu, essa só pode ser a unidade de um espaço jurídico de cooperação e conflito entre ordens jurídicas com perspectivas diversas de casos jurídico-constitucionais¹⁰⁸. Antes de tratar-se de uma Constituição da União Européia, cabe falar de um transconstitucionalismo europeu como transversalidade de ordens jurídicas em face de problemas jurídico-constitucionais comuns.

O fato de que não se trata de uma pura e simples hierarquia, na qual um tribunal supremo poderia decidir em última instância qualquer conflito em matéria constitucional, evidencia-se em termos práticos nas condições impostas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em face de decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. As decisões "*Solange I*" (BVerfGE 37, 271) e "*Solange II*" (BVerfGE 73, 339) são emblemáticas a esse respeito. Na primeira, de 29 de maio de 1974, a Segunda Turma [Senat] do Tribunal alemão decidiu no sentido da necessidade de aguardar um desenvolvimento do processo de integração em relação à garantia dos direitos fundamentais, nos seguintes termos: "Enquanto [Solange] o processo de integração da comunidade não estiver desenvolvendo de maneira tão ampla que o direito comunitário contenha um catálogo de direitos fundamentais aprovado por um parlamento e em vigor, adequado ao catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental", caberá o controle de constitucionalidade, quando "uma disposição do direito comunitário, na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias", for considerada inaplicável, "porque e enquanto ela colide com um dos direitos fundamentais da Lei Fundamental"¹⁰⁹. Dessa maneira, em vez de uma supremacia do direito comunitário, afirmava-se a primazia da ordem jurídico-constitucional alemã de direitos fundamentais perante aquele e, principalmente, atribuía-se o caráter de última instância decisória, em matérias de direitos fundamentais em que estivessem envolvidos o TJCE e o Tribunal alemão, ao último. Mais tarde, na decisão "*Solange II*", de 22 de outubro de 1986, apesar de todas as críticas dos juristas favoráveis à integração Eu-

108. Wälter (2000, pp. 7 ss.) refere-se à "perda de unidade" do direito constitucional europeu no contexto da globalização.

109. BVerfGE, 37, 271 (1974).

lismo". Embora o tratado de fundação ("tratado constitucional") e suas transformações dependam da ratificação dos Estados-membros, as normas ordinárias e decisões administrativas e jurisdicionais da União vinculam imediatamente os cidadãos e agentes estatais. Daí por que se fala de uma "soberania dividida" ou "compartilhada", apontando-se para uma transferência de um âmbito de "competência de competência" para uma esfera jurídica mais abrangente⁹⁷. E isso torna-se evidente quando se considera o fato de que não só os Estados-Membros da União Europeia têm assento na OMC, mas também a própria União. A questão que se põe no âmbito do transconstitucionalismo é a da relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros, so-

97. Nesse sentido, Langer (1995, p. 50) afirma que, "praticamente, só no caso da União Europeia é correto falar de uma 'organização supranacional'. No mesmo sentido, afirma Grimm (2001a, p. 161): "Instituições supranacionais com grau de intensidade semelhante [à da União Europeia] não há, até agora, nem fora da Europa nem em escala global." Pode-se observar, porém, um desenvolvimento de supranacionalidade no âmbito da Comunidade Andina, embora limitada praticamente à dimensão da competência judicial. A respeito da afirmação da supremacia ou primazia do direito da comunidade andina em relação ao direito nacional, cf., entre muitas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, os julgamentos dos seguintes casos: Processo n.º 1-IP-87; Processo n.º 50-IP-2008; Processo n.º 67-IP-2008. Sobre o significado desse Tribunal, ver Perotti, 1998; Toleado, 2009. Um outro exemplo é o da Corte Centro-Americana de Justiça, que dispõe inclusive de competência para decidir sobre conflitos internos entre os poderes de qualquer dos Estados sob sua jurisdição (a respeito, cf. Perotti, 2002).

98. Pernice, 1996, pp. 259 (n.º 44) e 275 (n.º 66), com ampla referência bibliográfica; Lewandowski, 2004, pp. 253 ss. Cf. Mendes, G., 2009. De Witte (1998, espec. pp. 302 s.) questiona a expressão "soberania dividida" ou "compartilhada", sustentando que a "soberania" ("competência de competência") não pode ser transferida, mas apenas o exercício de "direitos de soberania". Questionando a adequação desses conceitos, por distinguir entre a primazia do direito comunitário e a questão da soberania dos Estados-membros, ver De Burca, 2003, pp. 456 ss. Maduro (2003, pp. 505 s.) refere-se a "soberanias em competição". Essa discussão remonta aos julgamentos do TJCE nos casos *Van Genud en Loos* (1963) e *Costa* (1964), nos quais se afirmou que os "Estados Membros limitaram os seus direitos soberanos" "em benefício" da Comunidade Económica Europeia como "nova ordem jurídica de direito internacional" (C-26/62, julg. 05/02/1963, NV *Algemeene Transporten Expeditie Onderneming van Genud & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*) e que "a transferência, efetuada pelos Estados a favor do ordenamento jurídico comunitário, dos direitos e das obrigações correspondentes às disposições do Tratado implica uma limitação permanente de seus direitos de soberania" (C-6/64, julg. 15/07/1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*).

bretudo, porém, a conexão entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e as cortes constitucionais ou supremos tribunais estatais com funções constitucionais, vinculados a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversas umas das outras.

Embora se possa afirmar a primazia do direito comunitário perante as ordens jurídicas nacionais, a questão torna-se muito simples se considerada apenas com base nessa asserção geral: em primeiro lugar, porque se trata de "hierarquia entrelaçada" (cf. *supra* p. 125) entre ordens normativas, que se observam reciprocamente⁹⁹; em segundo lugar, porque surgem problemas constitucionais que são relevantes tanto para as cortes constitucionais dos Estados-membros como para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, dando ensejo a seleções e interpretações diversas dos textos normativos a serem aplicados e a compreensões (construções) distintas dos casos jurídicos subordinados a julgamento. Essa situação implica uma relação "complementar" entre o direito da União e o dos Estados, em uma "rede de elementos constitucionais"¹⁰⁰, ou, em outras palavras, um "cruzamento de direito constitucional nacional e europeu" em face do cidadão¹⁰¹.

Nesse sentido, cabe apontar antes para uma "conversaço" constitucional fundada no aprendizado recíproco do que em uma forma hierárquica monolítica. A respeito, Weiler é peremptório: "O discurso constitucional na Europa deve ser concebido como uma conversação de muitos atores em uma comunidade interpretativa constitucional, antes que como uma estrutura hierárquica com o TJCE no topo."¹⁰² Mas esse modelo não exclui tensões entre as ordens e os respectivos tribunais em matéria constitucional. A esse respeito, ao se referir ao desenvolvimento de um "direito contra-pon-tual", Poares Maduro refere-se às compreensões diversas a que chegaria um observador do direito europeu (ele usa a ficção de um alienígena que pousasse na Europa), conforme ele partisse do TJCE ou dos tribunais constitucionais de um dos Estados-membros¹⁰³.

99. A respeito, ver Dudená, 2008.

100. Walter, 2000, p. 12.

101. Krajewski, 2001, pp. 126 s., acompanhando Pernice (1996, p. 275, n.º 67) nessa formulação.

102. Weiler, 1999, p. 322.

103. Maduro, 2003, pp. 502 s. Cf., no mesmo sentido, Mendes, R., 2006, pp. 95 s.

vérsias referentes à legitimidade de normas estatais concernentes ao protecionismo ou à limitação da liberdade econômica além das fronteiras, tem levado a um forte impacto do modelo econômico liberal nas ordens constitucionais dos Estados envolvidos, cuja posição, em grande parte, é apenas reativa à orientação da OMC⁸⁹. O próprio Grimm acentua que "o mecanismo de solução de controvérsias que existe desde 1995 torna autônomo, em relação às partes que celebraram o pacto, o direito fundado pacticiamente, subordinando essas às decisões da instância da OMC"⁹⁰. Daí se afirmar que, por força da instituição da OMC, teria se consolidado um processo de passagem "da diplomacia de negociação para a ordem constitucional internacional" no âmbito do direito econômico internacional⁹¹, ou se falar das "dimensões jurídico-constitucionais da Organização Mundial do Comércio"⁹². Parece-me que mais frutífero do que afirmar uma constitucionalização ou Constituição da OMC é indagar sobre os problemas jurídico-constitucionais, que, tendo sido originariamente enfrentados pelos Estados isoladamente ou em formas de tratados bilaterais e diplomacia, passaram a apresentar-se de maneira abrangente e relevante perante a OMC, instituição fundada na multilateralidade. Nesse sentido, sim, poder-se ia falar de problemas e, portanto, de funções jurídico-constitucionais da OMC⁹³, uma vez que questões de direito constitucional econômico estão no seu âmbito de competência, especialmente na solução de litígios. Mas essa situação deve ser compreendida no âmbito de um transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, principalmente porque o êxito da OMC na prática de regulação das relações econômicas e na solução de controvérsias depende amplamente da reação dos Estados envolvidos, inclusive das cortes constitucionais. Especialmente em "tempos difíceis", é comum a retomada de formas de protecionismo que contrariam a orientação da OMC⁹⁴. Mas também, fora desses pe-

89. Cf. Nettesheim, 2001, pp. 403 s.

90. Grimm, 2004a, p. 161.

91. Nettesheim, 2001.

92. Bogdandy, 2001.

93. Já antes da criação da OMC, Petersmann (1991) tratava das "Funções constitucionais e problemas constitucionais da ordem econômica internacional".

94. Nettesheim, 2001, pp. 403 s.

ríodos, há desvios das normas e descumprimentos de decisões da OMC mesmo por países pretensamente mais liberais, como se pode verificar com o não-cumprimento pelos Estados Unidos da decisão adotada pela OMC, em 26 de setembro de 2000, conforme a qual se determinou que a lei *anti-dumping* americana de 1916 (*US Anti-Dumping Act of 1916*) é contrária às normas da OMC e deveria ser modificada no prazo de 10 meses⁹⁵. E ainda que se definam formas efetivas de imposição das decisões da OMC⁹⁶, torna-se inadequado, no âmbito de um transconstitucionalismo, um modelo de simples outorga de suas decisões aos Estados envolvidos em contendas. O desenvolvimento da OMC, no plano das competências referentes a temas de direito constitucional econômico depende da capacidade de que sejam construídos modelos flexíveis, que estejam em condição de ser o mais abrangentemente incorporados às diversas ordens jurídicas estatais, caracterizadas por uma enorme diversidade de concepções da liberdade econômica.

Esses exemplos em torno do transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais apontam para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na *ultrima ratio* do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direito humanos.

3. Transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal

Se restringimos o conceito jurídico de supranacionalidade para uma organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, pode-se afirmar que a União Europeia constitui a única experiência de supranacional-

95. WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R. A respeito, ver Keyser, 2001.

96. Cf. Nettesheim, 2001, pp. 404 s.

nal, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o art. 77, nº 1, alínea b, do Estatuto de Roma, prevê a prisão perpétua ("se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem"), essa pena é proibida conforme o art. 5º XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o "Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão", a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com o art. 60, § 4, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de "caráter perpétuo", incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida enquanto cláusula pétrea. Por um lado, a compreensão de direitos humanos por parte do direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso. De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos⁸⁶. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de um tribunal internacional, pois o conceito de extradição se refere à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da entrega de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional.

86. Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Plenário do STF: Ext. 1104/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, julg. 14/11/2008, DJe 25/06/2008; Ext. 1103/Estados Unidos da América, julg. 13/03/2008, DJe 07/11/2008; Ext. 1060/PU – Peru, julg. 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1069/EU – Estados Unidos da América, julg. 09/08/2007, DJe 14/09/2007.

nal⁸⁷. Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado. A questão poderá tornar-se mais problemática se o STF vier a considerar a hipótese como de "extradição" e afirmar a sua jurisprudence de não-extradição de brasileiros, nos termos do art. 5º, inciso LI, da Constituição brasileira. Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do art. 60, § 4º, inciso VI, da Constituição, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais ("cláusulas pétreas"). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisivo para o sucesso nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas aos direitos humanos ou fundamentais.

Por fim, no plano do direito constitucional econômico, a atuação da Organização Mundial do Comércio⁸⁸, na solução de contro-

87. Cf. Maliska, 2006, pp. 188 s., que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições (p. 189), o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de "cláusula pétrea". A respeito, ver Sabadell e Dimoulis, 2009.

88. O Tratado de Instituição da Organização Mundial do Comércio foi adotado em 15 de abril de 1994. A respeito, ver Petersmann, 1995. Para uma perspectiva brasileira, ver Later, 1998. Koskeniemi (2004, pp. 206 s.), em postura eminentemente crítica, afirma, com base em dados empíricos e argumentos que me parecem convincentes: "O estabelecimento da OMC em 1995 foi uma vitória significativa para as preferências pelo livre comércio sobre os objetivos regulatórios com ênfase que nacional. [...] A polarização da oposição entre o Norte e o Sul (especialmente evidente no campo da propriedade intelectual) pode ter diminuído as possibilidades de inovação judicial por parte dos grupos especiais [panels] ou do Órgão de Apelação. De fato, há poucos indícios que possam dissolver a impressão de que o Órgão de Solução de Controvérsias seria um clube de ricos: a ampla maioria dos casos ainda são trazidos a ele pelos Estados Unidos e pela União Europeia."

disposição para o aprendizado, mediante a formação de uma rede transversal construtiva

nal, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o art. 77, nº 1, alínea b, do Estatuto de Roma, prevê a prisão perpétua ("se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem"), essa pena é proibida conforme o art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o "Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão", a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com o art. 60, § 4, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de "caráter perpétuo", incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida enquanto cláusula pétrea. Por um lado, a compreensão de direitos humanos por parte do direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso. De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos⁸⁶. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de um tribunal internacional, pois o conceito de extradição se refere à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da entrega de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacio-

86. Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Plenário do STF: Ext. 1104/LUK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, julg. 14/11/2008, DJe 25/06/2008; Ext. 1103/Estados Unidos da América, julg. 13/03/2008, DJe 07/11/2008; Ext. 1060/PU – Peru, julg. 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1069/EU – Estados Unidos da América, julg. 09/08/2007, DJe 14/09/2007.

disposição para o apenado, mediante a formação de uma rede transversal construtiva

...Ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

nal⁸⁷. Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado. A questão poderá tomar-se mais problemática se o STF vier a considerar a hipótese como de "extradição" e afirmar a sua jurisprudência de não-extradição de brasileiros, nos termos do art. 5º, inciso LI, da Constituição brasileira. Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do art. 60, § 4º, inciso VI, da Constituição, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais ("cláusulas pétreas"). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisivo para o sucesso nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas aos direitos humanos ou fundamentais.

Por fim, no plano do direito constitucional econômico, a atuação da Organização Mundial do Comércio⁸⁸, na solução de contro-

87. Cf. Maliska, 2006, pp. 188 s., que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições (p. 189), o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de "cláusula pétrea". A respeito, ver Sabadell e Dimoulis, 2009.

88. O Tratado de Instituição da Organização Mundial do Comércio foi adotado em 15 de abril de 1994. A respeito, ver Petersmann, 1995. Para uma perspectiva brasileira, ver Lafer, 1998. Koskeniemi (2004, pp. 206 s.), em postura eminentemente crítica, afirma, com base em dados empíricos e argumentos que me parecem convincentes: "O estabelecimento da OMC em 1995 foi uma vitória significativa para as preferências pelo livre comércio sobre os objetivos regulatórios com enfoque nacional. [...] A polarização da oposição entre o Norte e o Sul (especialmente evidente no campo da propriedade intelectual) pode ter diminuído as possibilidades de inovação judicial por parte dos grupos especiais [panels] ou do Órgão de Apelação. De fato, há poucos indícios que possam dissolver a impressão de que o Órgão de Solução de Controvérsias seria um clube de ricos: a ampla maioria dos casos ainda são trazidos a ele pelos Estados Unidos e pela União Européia."

