



TRANSCONSTITUCIONALISMO, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: UMA NOVA FORMA DE ENXERGAR A MOLDURA JURÍDICA DE KELSEN?

Francisco Camargo Alves Lopes Filho¹

Thiago Oliveira Moreira²

RESUMO

O desenvolvimento de novas formas de enxergar o relacionamento entre o Direito internacional e o Direito interno deu origem a novas teorias, que, contudo, ainda carecem de uma metodologia, e, dentre elas, o transconstitucionalismo. Assim, o presente estudo pretende investigar se a teoria pura do Direito pode auxiliar nessa construção metodológica. Para tanto, fez-se uso de uma metodologia eminentemente bibliográfica, empregando os escritos dos autores das teorias em análise e da doutrina que as comentam. Concluiu-se pela possibilidade do uso da moldura jurídica de Kelsen, com adaptações, no âmbito do transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Teoria pura do direito. Direito Internacional. Direito interno.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN) e Assessor Jurídico do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

² Professor Adjunto da UFRN (Departamento de Direito Privado). Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (UC-PT) e Doutor pela Universidade do País Basco (UPV/EHU - ES). Mestre em Direito pela UFRN e pela UPV/EHU – ES. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional.

1 INTRODUÇÃO

Apesar do rigor científico da teoria de Hans Kelsen acerca do relacionamento entre Direito estatal e Direito Internacional, suas conclusões não mais satisfazem os anseios do contexto jurídico múltiplo atual: pluralidade de tribunais internacionais, expansão qualitativa e quantitativa do Direito Internacional, interconexão das ordens jurídicas estatais em matéria de direitos fundamentais e separação de poderes, dentro outros.

Tais *fragilidades* surgem, dentre outros fatores (como o surgimento dos novos atores internacionais, dos regimes jurídicos transnacionais e mesmo dos processos de supranacionalidade), do fato de que essa teoria parte de um paradigma hierárquico, subjugando determinada ordem jurídica a outra, de maneira linear e vertical, sem que haja a possibilidade de uma análise horizontal e em rede.

Nesse contexto, surgem as teorias heterárquicas, negando primazia a qualquer tipo de ordem, exigindo uma convivência interdependente entre os ordenamentos envolvidos em determinado conflito normativo. Ao lado da interconstitucionalidade, do Estado Constitucional Cooperativo, dentre outras, encontra-se o transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves, baseado no desenvolvimento de racionalidade transversal entre ordens jurídicas envolvidas na resolução de determinado problema constitucional (matéria de direitos fundamentais e separação de poder). Tal teoria, contudo, carece de uma metodologia extensivamente desenvolvida apta a ensejar seu uso de maneira racional pelos tribunais nacionais, internacionais, supranacionais, transnacionais etc.

Assim, com o presente trabalho, busca-se investigar a maneira como a construção de uma metodologia para o transconstitucionalismo pode ser estabelecida a partir do estudo da relação entre direito estatal e direito internacional no pensamento de Hans Kelsen.

O objetivo geral pretendido com o presente projeto é esboçar um projeto de metodologia para a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves à luz das limitações do paradigma hierárquico sobre o qual se apoia o pensamento de Hans Kelsen acerca do relacionamento entre Direito estatal e Direito Internacional.

Especificamente, será investigado o relacionamento entre as ordens jurídicas estatal e internacional no pensamento de Hans Kelsen, no escopo de identificar suas limitações no contexto jurídico atual. Em seguida, pretende-se evidenciar os fundamentos teóricos do transconstitucionalismo, seus conceitos mais importantes e suas limitações metodológicas.

Finalmente, haverá uma tentativa de construir uma metodologia para o transconstitucionalismo a partir dessas observações, no escopo de viabilizar sua aplicação de maneira racional.

Para tanto, o trabalho se vale de uma metodologia eminentemente bibliográfica, a partir do desenvolvimento teórico dos principais aspectos dos dois pensamentos a serem estudados no que diz respeito à relação entre direito estatal e direito internacional.

2 O RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO ESTATAL E DIREITO INTERNACIONAL NA TEORIA PURA DO DIREITO

Seu anseio com a formulação de uma teoria pura do Direito é a elaboração de uma teoria de Direito positivo que alcance não apenas uma ordem jurídica em particular, mas o Direito positivo em geral – desconsiderando a interpretação particular de normas jurídicas, ainda que, ao final, seja fornecido o esboço de uma teoria da interpretação –, focando no conhecimento do direito como ele é (e não como deveria ser) e afastando-o da interferência de outras ciências que eventualmente se lhe conectam (KELSEN, 2009, p. 1).

Nesse contexto, o próprio Kelsen adverte que não se pretende ignorar ou negar as relações existentes no plano extrajurídico, mas o objetivo de sua teoria é “evitar um sincretismo metodológico”, no escopo de impedir que a ciência jurídica tenha sua essência obscurecida (KELSEN, 2009, p. 2).

Dentre outros temas, Kelsen tratou da caracterização do ordenamento jurídico internacional como direito e das formas de resolução de conflitos envolvendo normas internacionais e estatais, pontos que, em virtude do recorte metodológico estabelecido no presente escrito, serão a seguir postos em evidência, no intuito de, posteriormente, favorecer sua comparação com os mesmos institutos na teoria do transconstitucionalismo, no escopo de, por tal contraste, elaborar-lhe um esboço metodológico.

2.1 O direito internacional na teoria pura do direito

À luz da teoria pura do Direito – e considerando as circunstâncias fáticas da época de seu desenvolvimento – do Direito estatal, a questão das sanções no Direito Internacional diverge em três pontos: primeiramente, quanto ao destinatário, tendo em vista que, de rigor, a sanção é dirigida contra um Estado, ainda que, imediatamente, atinja um indivíduo; a segunda diz

respeito ao fato de inexistir um órgão vinculante aplicador do Direito Internacional geral segundo o princípio da divisão do trabalho (a apreciação acerca da ocorrência da lesão a um interesse se dá com base no *judex in causa sua*); e o terceiro corresponde à origem legislativa das normas internacionais, isso é, suas normas são formadas pelos próprios membros da comunidade, e não por um órgão com competência legiferante (KELSEN, 2009, p. 358).

No que diz respeito ao primeiro quesito (o destinatário da norma de direito internacional), mesmo reconhecendo a existência pontual de atribuição de deveres jurídicos aos indivíduos pelo direito internacional³, Kelsen assevera que são os Estados os destinatários por excelência dos deveres previstos e dos direitos conferidos pelo Direito Internacional (KELSEN, 2009, p. 360). Isso não prejudica, contudo, sua afirmação de que “todo Direito é essencialmente regulamentação da conduta humana”, de modo que por tal constatação se vislumbra que, na seara do Direito Internacional, os indivíduos aparecem como sujeitos mediatos do Direito Internacional, restando ao Direito estatal, por delegação, a competência para apontar os indivíduos por cujas condutas são cumpridos ou violados os deveres previstos pela norma internacional (KELSEN, 2009, p. 361-363).

Entretanto, o fenômeno da expansão do Direito Internacional é apontado por Kelsen como causa para uma sua intromissão em matéria até então reservada às ordens jurídicas estatais, de sorte que surge uma tendência em se atribuir aos indivíduos direitos e deveres imediatamente (KELSEN, 2009, p. 364)⁴ – situação já existente nos dias atuais e em pleno desenvolvimento, inclusive com a possibilidade de responsabilidade criminal internacional de indivíduos.

Da concretização dessa profecia descrita inicialmente acerca da atribuição de direitos e deveres aos indivíduos (destinatário da norma do Direito Internacional) decorreria

³ Contudo, vale destacar que o próprio Kelsen reconhece, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado (2005, p. 489), a existência de normas de direito internacional geral dirigida aos indivíduos: é o caso, por exemplo, da norma que proíbe a pirataria, visto que, por ela, admite-se, por parte do Estado, a adoção de medidas coercitivas contra o indivíduo, e não contra o Estado – enquanto pessoa jurídica – ao qual se vincula, de acordo com as disposições de seu direito interno. Desse contexto, extrai-se a obrigação geral de abstenção, por parte dos indivíduos, da prática de pirataria.

⁴ Em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, Kelsen defendeu que inexistia óbice à vinculação direta dos indivíduos pelo direito internacional: “Neste caso, as regras de direito internacional, particularmente os tratados, geralmente obrigam o Estado a promulgar regras de direito interno necessárias, decidindo que o governo deverá submeter ao Parlamento um projeto de lei ou, mais propriamente, desencadear e levar a termo o processo de elaboração do direito interno. Entretanto, se esta prática foi até agora a mais comum, o que poderia impedir dois ou mais Estados de concluírem um tratado que vincula direta ou indiretamente seus sujeitos à semelhança de leis? Em contrapartida, por que não poderiam os Estados ter querido obrigar diretamente indivíduos perfeitamente determinados ou conferir-lhes direitos? A questão dos sujeitos possíveis do direito internacional não comporta resposta que se deduza da própria natureza desse direito; é única e exclusivamente uma questão de interpretação de regras positivas e, especialmente, dos dispositivos dos tratados” (KELSEN, 2011, p. 54-55).

diretamente uma repercussão no segundo tópico anteriormente apontado (existência de um órgão vinculante aplicador do Direito Internacional geral) no sentido de criação de uma jurisdição internacional para apuração da violação de deveres jurídicos (KELSEN, 2009, p. 364).

Com efeito, a elevação dos indivíduos à categoria de sujeitos de Direito Internacional atrairia, considerando as particularidades conceituais de direito e dever no âmbito do Direito Internacional, as seguintes questões: como poderão exigir o cumprimento de seus direitos em face dos Estados ou de outros indivíduos e como serão responsabilizados pela violação de seus deveres perante um Estado ou outro indivíduo? O questionamento é pertinente diante inserção de uma nova classe de sujeitos⁵ num sistema de direito-dever que trabalha com as sanções de guerra e represália, próprio do relacionamento entre Estados, o qual, por óbvio, não pode ser aplicado, por exemplo, a uma querela envolvendo dois indivíduos ou um indivíduo e um Estado.

Desse contexto, urge a reformulação da dinâmica do Direito Internacional como ordem jurídica de modo a admitir o exercício de direitos pelos indivíduos e sua responsabilização pelo descumprimento de seus deveres fundados em normas de Direito Internacional. Tal questão passa pela criação de uma jurisdição internacional geral vinculante apta a ser acionada pelos sujeitos do Direito Internacional⁶ no escopo de exigir o cumprimento de seus direitos – notadamente pelos indivíduos –, possibilitando o exercício do direito subjetivo nos moldes da conceituação de Kelsen⁷.

Com efeito, primando por um monismo com primazia do Direito Internacional, a aplicação do Direito Internacional, diante da ausência de uma jurisdição assentada no plano das relações internacionais, deve ser efetivada pelo juiz nacional, considerando que, enquanto magistrado e, por isso, órgão do Estado, possui o dever de aplicar o Direito Internacional

⁵ Tal temática (afirmação e reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais dos indivíduos) é, inclusive, tida como um dos aspectos fundamentais na luta pela concretização da justiça internacional (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 14).

⁶ Acerca desse ponto, vale registrar que à época da publicação de Teoria Pura do Direito (cujo prefácio à primeira edição data de 1934), já havia um tribunal internacional em vigor desde 24 anos antes, a saber, a Corte Centro-Americana de Justiça – que não foi mencionado na obra –, criada em 1907 e cujas atividades começaram no ano seguinte (cf. CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 10), além da Corte Permanente de Justiça Internacional – mencionada apenas em A paz pelo direito (KELSEN, 2011, p. 46) –, instalada em 1922 e criada no ano anterior. Apesar de sua menção sobre jurisdição internacional se referir expressamente acerca da inexistência de quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das normas especificamente enquanto “Direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados” (KELSEN, 2009, p. 358), a existência de tribunais internacionais já era uma realidade de seu tempo, o que deveria ter ensejado considerações acerca dessas experiências em sua obra.

⁷ Para Kelsen, a essência do direito subjetivo reside na existência de uma norma que confere ao indivíduo o poder jurídico de fazer valer o não cumprimento de um dever jurídico por meio de uma ação (cf. KELSEN, 2009, p. 152).

(DIENA, 1909, p. 70). Tal situação envolve necessariamente a situação crítica de existência de normas conflitantes de Direito Internacional e de Direito estatal e a busca por formas de resolver esse conflito.

2.2 O conflito de normas entre o direito estatal e o direito internacional na teoria pura do direito

Dessa exposição, verifica-se que a teoria pura do Direito de Kelsen parte do reconhecimento do Direito como uma ordem social de coerção e do dever jurídico como centro das prescrições jurídicas. Com efeito, considerando que é dever jurídico a prescrição que atribui à conduta contrária um ato de coerção, indaga-se: o Direito Internacional é direito nos termos propostos por Hans Kelsen?

A resposta também está presente na obra em análise. De acordo com o autor, o Direito Internacional é uma ordem jurídica dirigida aos Estados a cuja violação se associa uma sanção consistente em represália ou guerra (KELSEN, 2009, p. 356). Assim, verifica-se a existência de comportamentos exigidos pela via do costume ou do tratado na seara internacional a cuja conduta contrária (delito) se admite a adoção de sanções, pelo Estado lesado, no escopo de defender seus interesses.

Entendido como Direito no sentido de ordem coercitiva, surge a questão acerca da existência de conflito envolvendo normas de Direito estatal e normas de Direito Internacional com conteúdo contraditório entre si, ou seja, respeita à produção de uma norma de Direito estatal em desconformidade com o teor de determinado ato produzido no âmbito do Direito Internacional.

Para Kelsen, tal problema é tão somente aparente e não efetivo, diante de sua teoria acerca da validade das normas e da possibilidade de sua anulação (anulabilidade) por inobservância da norma superior. Vale dizer: a norma inferior cujo conteúdo desrespeita o teor de uma norma superior não é com ela incompatível, mas tão somente anulável (no caso de existência de um procedimento específico para tanto), podendo, ainda, ensejar a responsabilização do autor do ato (caso haja previsão nesse sentido) (KELSEN, 2009, p. 366).

Com efeito, aplica-se às normas de Direito Internacional o mesmo raciocínio referente a uma dada Constituição e uma lei com ela incompatível: a lei permaneceria válida até que haja

ela seja reconhecida como inconstitucional por decisão do órgão competente⁸ e, a partir de então, deixaria de produzir efeitos, enquanto que a Constituição permaneceria inalterada e sem modificações durante todo esse período. A questão específica do Direito Internacional envolve as seguintes pontualidades: as sanções por ele adotadas (represálias e guerra) e a inexistência de um procedimento específico previsto com o escopo de anular as normas incompatíveis com determinada outra norma.

Dessa forma, o descumprimento, por um dado Estado, de um tratado internacional pela adoção de uma legislação com ele incompatível não tem o condão de anulá-la, seja pela ausência de sanção nesse sentido, seja pela inexistência de um procedimento específico que enseje a anulação da lei ou do ato incompatível com o teor do tratado⁹. Destarte, o ato contrário ao Direito Internacional permanece válido tal qual o diploma internacional “violado” (mercê da falta de um procedimento próprio para revogá-lo), mas o Estado permanece sujeito a represálias ou guerras pela sua postura incompatível com o pactuado a nível internacional.

A situação é alterada quando são instalados tribunais internacionais que pretendem solucionar pacificamente as diferenças internacionais, substituindo o *judex in causa sua*. Tais jurisdições, contudo, diante da expansão qualitativa e quantitativa do Direito Internacional, acabariam concorrendo com a atividade judicante dos Estados e, eventualmente, suas decisões poderiam contrastar quanto ao comportamento a ser adotado por um indivíduo ou Estado gerando, pelo mesmo ato, consequências distintas e contraditórias.

Atualmente, a jurisdição internacional se encontra estabelecida, ainda que em vias de aperfeiçoamento, e se manifesta, por exemplo, no campo das relações interestatais (Corte Internacional de Justiça), direitos humanos (Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos), Direito Comunitário (Tribunal de Justiça da União Europeia) e do direito internacional penal (Tribunal Penal Internacional).

⁸ Decisão constitutiva com efeitos prospectivos, ou seja, anula-se a lei, e não se declara sua nulidade, o que acarretaria efeitos retroativos (tese refutada por Kelsen).

⁹ “De forma geral, a sanção para o caso de uma regra de ordem inferior contrariar formal ou materialmente uma regra de ordem superior não é a nulidade, mas a simples anulabilidade. Segue-se um procedimento regulamentado por aquele que designa em particular o órgão encarregado de constatar a contrariedade e decidir se a anulação terá efeito no futuro ou se e em que medida terá efeito retroativo. Até o momento dessa anulação, a regra da ordem inferior permanece naturalmente válida; ela derroga, pois, em sua esfera de validade a norma de ordem superior: quer dizer que a ordem inferior delegada está autorizada a derrogar, provisoriamente e por um prazo limitado, a ordem superior. Consequentemente, nem por um instante pode haver conflito insolúvel entre as duas normas. É assim que um regulamento ilegal obriga as autoridades administrativas, ao menos enquanto ele não for anulado por uma instância competente, por exemplo, por uma jurisdição. A questão da responsabilidade pessoal do órgão que promulgou o regulamento ilegal se coloca depois, em um segundo momento” (KELSEN, 2011, p. 44).

Tais tribunais compõem uma arquitetura institucional vocacionada à resolução dos maiores problemas globais a partir da busca por ideais comuns, da superação de obstáculos e tentativa de corrigir as falhas de ações coletivas, sempre mirando no cumprimento da promessa de contribuição com a justiça global (VON BOGDANDY; VENZKE, 2012, p. 8).

O problema decorrente desse contexto, dessa forma, é a possibilidade de conflito de decisões entre tribunais vinculados a sistemas jurídicos distintos (nacional e internacional, por exemplo). Exemplificadamente: um determinado tribunal de jurisdição interna toma uma decisão em certo sentido e, simultaneamente, uma corte internacional adota uma sentença em sentido contrário.

A proposta kelseniana se limita à questão da construção hierárquica das normas num sistema normativo escalonado, mas não apresenta respostas sólidas ao problema contemporâneo de multiplicação de tribunais internacionais com jurisdição concorrente e simultânea à dos Estados em matérias até então reservadas às jurisdições nacionais (MENEZES, 2013, p. 284). Esse novo cenário aponta fragilidades em dois postulados fundamentais da teoria de Kelsen: o escalonamento estrutural da ordem jurídica e o monismo internacionalista (CARVALHO, 2017, p. 78). Daí a necessidade de novas teorias acerca do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito interno.

3 O RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO ESTATAL E DIREITO INTERNACIONAL NO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O transconstitucionalismo surge como teoria vocacionada à resolução de conflitos normativos envolvendo ordens jurídicas distintas com base em uma perspectiva heterárquica, sem que qualquer tipo de ordem possa reclamar primazia no processo de adoção de uma resposta ao problema jurídico. Tal teoria envolve a resolução de problemas de ordem constitucional, isto é, respeitantes às matérias de direitos fundamentais e separação de poderes (NEVES, 2009, p. 120). Essa compreensão parte do reconhecimento de que as ordens estatais (e seus respectivos direitos constitucionais, notadamente) perderam o espaço privilegiado de resolvê-los diante de sua incapacidade para tanto à luz da ampliação qualitativa das outras ordens, que agora também se reconhecem legítimas para apreciar tais questões.

Assim, o cenário no qual surge o transconstitucionalismo é o de superação dos limites territoriais impostos pelos Estados nacionais aos sistemas fundados em bases normativas, como

o Direito e a política, culminando com sua abertura e seu entrelaçamento com outros sistemas sociais e ordens jurídicas (ELMAUER, 2017, p. 105).

Com efeito, não se trata de uma teoria proposta para resolver tão somente problemas envolvendo uma dada ordem estatal e um dos ramos do Direito Internacional. Na verdade, sua pretensão envolve a resolução de problemas constitucionais entre ordens jurídicas diversas: estatal, internacional, supranacional, transnacional e extraestatal. Conforme já foi dito, considerando a finalidade do presente trabalho, o recorte será restrito à análise do Direito estatal e do Direito Internacional, não sem antes tecer considerações gerais acerca da teoria que se pretende investigar.

3.1 Aspectos gerais do transconstitucionalismo

Inicialmente, vale destacar que, para o transconstitucionalismo, nenhuma ordem jurídica goza de primazia sobre nenhuma outra; trata-se, pois, da rejeição das teorias sobre estatalismo e internacionalismo e afins (supranacionalismo, transnacionalismo e localismo), que elegem certos espaços como redutos privilegiados de solução de problemas constitucionais. Pugna-se, na verdade, pela adoção de uma racionalidade transversal, instrumentalizada pelas pontes de transição, entre os sistemas parciais envolvidos (ordens jurídicas) na resolução de determinado problema constitucional (direitos fundamentais e separação de poderes).

Esse tipo de racionalidade proposto se trata do uso de “mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (NEVES, 2009, p. 38).

O escopo de tais pontes é justamente evitar dois fenômenos indesejáveis sob a ótica transconstitucional: o isolamento das ordens estatais em torno de sua soberania (atomização) e a expansão imperialista de um constitucionalismo de abrangência global indiferente às peculiaridades locais e regionais ou pouco compreensível quanto aos seus próprios limites (CARVALHO, 2017, P. 85).

Sua peculiaridade reside precisamente na reciprocidade da construção dessas pontes entre as ordens envolvidas na resolução do problema constitucional posto, de modo a fomentar o intercâmbio e aprendizado entre os mais diversos tipos de racionalidades (ELMAUER, 2017, p. 105), que, no caso do sistema jurídico, viabilizará a interação entre as diversas ordens parciais

que, de alguma forma, buscam solucionar a questão envolvendo o problema constitucional posto no caso concreto.

Dessa forma, aprimorando o conceito de acoplamentos estruturais, que se limita à possibilidade de oferecimento e recepção de influências recíprocas entre sistemas diversos, a racionalidade transversal incorporaria não apenas interferências, mas mecanismos estruturais de viabilização do intercâmbio construtivo “de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (NEVES, 2009, p. 38). Assim, a racionalidade transversal implica uma necessária desintegração interna no sentido de fazer com que a ordem se torne mais flexível e variável a partir dos elementos externos trazidos pelas outras racionalidades particulares, situação que, no campo jurídico, fica mais evidente quando se considera a existência de um código binário comum a todos os sistemas de direito (lícito/ilícito) (NEVES, 2014, p. 212-213).

Daí surge a primeira conclusão: para o transconstitucionalismo, nenhuma ordem jurídica é, *per se*, legítima a reclamar primazia sobre a outra, devendo ser empregada uma análise concreta em cada caso a partir do problema constitucional que se propõe, sendo imperioso que as ordens envolvidas estejam dispostas ao interaprendizado mútuo, sem pretensão de superioridade¹⁰.

Dessa forma, o transconstitucionalismo propõe “formas transversais” no processo de articulação para a resolução do problema constitucional posto, a partir de uma observância recíproca entre as ordens envolvidas, no escopo de compreensão mútua de seus limites e possibilidade de contribuição para solucioná-lo, culminando com o processo de reconstrução da identidade a partir da alteridade (NEVES, 2014, p. 226-227).

Isso porque as transformações pelas quais a sociedade mundial tem passado têm apontado para a superação do “constitucionalismo provinciano”, onde o Estado se caracteriza como o “*locus* privilegiado” na resolução de problemas constitucionais, de maneira que, atualmente, ainda que se reconheça sua importância nesse processo, ele passa a ser visto como um dos diversos *loci* na busca de tratamento para tais problemáticas, em um ambiente de cooperação e concorrência, levando ao fenômeno da desterritorialização desses casos, que se emancipam do Estado (NEVES, 2014, p. 226).

¹⁰ É que, na verdade, “pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (NEVES, 2014, p. 227).

Não se trata de um “modelo de convergência”, tampouco há de se admitir o retorno ao “modelo de resistência”; fala-se, na verdade, em “modelo de articulação” (*engagement model*), isso é, de “entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas”, de modo que todas são capazes de contribuir na construção de uma resposta ao problema constitucional posto a partir do aprendizado mútuo entre as ordens envolvidas (bem como seus juízes e tribunais) (NEVES, 2014, p. 206-207)¹¹. Dentre os diversos casos nos quais o transconstitucionalismo pode ser aplicado, elege-se, considerando o escopo deste escrito, as relações entre o direito estatal e o Direito Internacional.

3.2 Acoplamento entre Direito estatal e Direito Internacional no transconstitucionalismo

Conforme já ficou demonstrado, não se fala mais em hierarquia entre o Direito Internacional ou estatal à luz do transconstitucionalismo, de forma que se torna irrelevante em termos práticos, pois, a discussão teórica entre monismo e dualismo. Na nova perspectiva de relação entre as duas ordens – internacional e doméstica –, fala-se em diálogo, troca de experiências por meio de conversações transversais entre tais ordens, no escopo de que cada uma permita a si mesma enxergar, na outra, a possibilidade de aprendizado.

Nesse contexto, é oferecida a possibilidade de desenvolvimento de racionalidade transversal envolvendo não apenas o Direito estatal e o Direito Internacional, mas também facultada a participação de ordens supranacionais¹² e a possibilidade de entrelaçamentos entre mais de duas ordens na resolução de um determinado problema constitucional¹³.

Já foi dito que o transconstitucionalismo parte da superação dos limites territoriais dos Estados nacionais como fronteiras jurídicas para a resolução de problemas envolvendo matérias

¹¹ Aqui, Marcelo Neves faz referência à classificação de Vick C. Jackson quanto às relações entre constituições domésticas e as fontes do direito transnacional, segundo a qual três podem ser as formas assumidas: um modelo de convergência, pelo qual há uma tentativa de convergir com o direito das outras nações; uma atitude de resistência, isso é, resistindo às influências externas; e, finalmente, um modelo de engajamento, que permite ser informado, embora não controlado, pelas considerações de outros sistemas legais e pelas questões por eles postas no momento de interpretação da própria constituição (JACKSON, 2005, p. 112).

¹² Marcelo Neves restringe o conceito de ordem jurídica supranacional a uma “organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material e temporal de validade, com força vinculante direta para cidadãos e órgãos dos Estados-membros”, como é o caso (único, segundo o autor) da União Europeia (cf. NEVES, 2009, p. 152).

¹³ Seria o caso, por exemplo, da questão da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro: prática proibida pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “b”) e prevista no art. 77(1)(b) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tem uma duvidosa compatibilidade com o sistema interamericano de direitos humanos, à luz do disposto no art. 5(6) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

de direitos fundamentais e separação de poderes. Contudo, concorre, no cenário atual, a ampliação qualitativa e quantitativa do Direito Icomo campo apto a cooperar nessa difícil tarefa.

Tal fenômeno – chamado de constitucionalização do Direito Internacional por André de Carvalho Ramos – consiste na absorção, pelo Direito Internacional, de institutos cuja regulamentação estava reservada, anteriormente, ao Direito Constitucional, como “criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, *rule of law*, acesso direto de indivíduos, julgamento de indivíduos no campo penal”, entre outros (CARVALHO RAMOS, 2012, p. 502).

Há, na verdade, o surgimento – notadamente desde a assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 – de um sistema jurídico de vocação universal de proteção da dignidade da pessoa humana, advindo da superação das dimensões internas de validade formal originárias a partir do conceito, por exemplo, de soberania (BONIFÁCIO, 2008, p. 38).

Assim, exige-se de ambas as ordens – nacional e internacional – uma disposição progressiva rumo a um aprendizado e intercâmbio mútuos entre suas experiências, não no sentido de alcance de um meio-termo ou de um consenso estático, mas objetivando a absorção das racionalidades específicas dessas duas perspectivas (NEVES, 2009, p. 134).

Propriamente nessa forma de desenvolvimento do transconstitucionalismo, as posturas estatistas e internacionalistas prejudicam o alcance de uma análise satisfatória do problema constitucional em foco, especialmente tendo em vista que tais premissas – que partem de um determinado campo jurídico anteriormente definido – não levam em consideração, *a priori*, as responsabilidades de cada uma das ordens com seu contexto social e/ou jurídico (NEVES, 2009, p. 135).

Tal construção se assemelha à proposta de um *droit en réseau* (direito em rede), conforme estudo desenvolvido por François Ost e Michel van de Kerchove, tendo em vista que conceitos tradicionais de Estado, soberania, território e hierarquia normativa parecem equivocados diante de um sistema que rejeita a integralidade de ordens soberanas, surgindo, por exemplo, no contexto europeu, um poder de outra natureza: menos de nível superior incapaz de ser alterado para um espaço remodelado que, por princípio de livre circulação sem barreiras, perturba o plano de todo o edifício jurídico (OST; KERCHOVE, 2000, p. 28).

Nesse contexto de relação entre ordens jurídicas distintas, os juízes assumem um papel importante no sentido de harmonizá-las progressivamente: cite-se, a título de exemplo, a prática da Corte de Justiça europeia no sentido de integrar explicitamente em sua jurisprudência princípios gerais das tradições constitucionais dos Estados membros e da Convenção Europeia

de Direitos Humanos, postura essa adotada como resposta às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Corte Constitucional italiana que exigiam do Tribunal europeu, como forma de garantir a primazia do direito comunitário, a observância dos princípios fundamentais consagrados nos sistemas constitucionais nacionais (OST; KERCHOVE, 2000, p. 32)¹⁴.

Acerca do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Marcelo Neves explica que, não obstante a previsão contida no art. 46,1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – segundo a qual “as Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes” – não há uma aplicação homogênea da Convenção, tampouco uma plausibilidade na adoção do pensamento tendente a impor as decisões do Tribunal contra as ordens constitucionais particulares (NEVES, 2009, p. 137).

Nesse sentido, vale registrar a experiência alemã acerca da relação com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os efeitos de suas decisões na ordem interna conforme restou definido no caso envolvendo a princesa Caroline de Mônaco (ou Caroline de Hanôver).

O caso envolvia a publicação de fotos da princesa Caroline, atitude contra a qual ela se insurgiu alegando violação ao seu direito à intimidade. A tese firmada no julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 15 de dezembro de 1999, contudo, deu maior peso à defesa da liberdade de imprensa. A princesa, contudo, acionou a jurisdição do TEDH que, em 24 de junho de 2004, prolatou-lhe decisão favorável, defendendo sua intimidade em detrimento da liberdade de imprensa. A resposta do tribunal alemão veio em 14 de outubro de 2004, definindo que, embora as decisões do TEDH não vinculem os tribunais nacionais, também não lhes é lícito ignorar tais provimentos, sob pena de macular a proteção dos direitos fundamentais, de modo que o valor por elas ostentado é o de ônus argumentativo a ser eventualmente superado pelas jurisdições nacionais (SILVA, 2010, p. 107-108).

Acerca de tal cenário, Marcelo Neves aponta para o necessário desenvolvimento de uma racionalidade transversal entre as ordens jurídicas nacionais e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (NEVES, 2009, p. 139). No caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por exemplo, não obstante a previsão convencional de respeito às suas decisões, há de se adotar, por parte do TEDH, em uma posição flexibilizável quando o julgamento repercutir em diversos

¹⁴ Ainda que, segundo a classificação adotada por Marcelo Neves, autor da teoria transconstitucional, a ordem jurídica da União Europeia seja taxada como supranacional, o exemplo trazido por François Ost e Michel van de Kerchove envolvendo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a Corte Europeia de Direitos Humanos e as ordens jurídicas estatais dos Estados que compõem a União Europeia ilustra a relação de entrelaçamento existente entre esses sistemas jurídicos no contexto europeu.

países europeus sujeitos à sua jurisdição, diante de suas compreensões constitucionais (NEVES, 2009, p. 142).

Apesar de ser o mais comum, merece destaque o fato de que o transconstitucionalismo não pode ser reduzido ao fenômeno do diálogo das cortes, considerando que, não raras vezes, os problemas que ensejam a aplicação do transconstitucionalismo são enfrentados em ambientes alheios aos tribunais, atingindo órgãos administrativos, legislativos e, também, organismos internacionais¹⁵, supranacionais não judiciais e atores privados ou tribais, como no caso específico da América Latina (NEVES, 2014, p. 194).

Contudo, o problema do relacionamento entre jurisdições vinculadas a ordens distintas carece de uma metodologia que oferte rigor, racionalidade e cientificidade à fundamentação das decisões judiciais proferidas com base em uma teoria heterárquica, como é o caso do transconstitucionalismo.

4 PERSPECTIVAS PARA UMA METODOLOGIA TRANSCONSTITUCIONAL

O estabelecimento de tal metodologia por meio da fixação de parâmetros e critérios surge, por exemplo, como ônus argumentativo para a rejeição, da parte de um tribunal nacional, de uma decisão proferida por um órgão jurisdicional transnacional de acordo com o pensamento de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 110-111). Ou seja, é possível não seguir a decisão do tribunal supranacional¹⁶, mas, para isso, é necessário superar o dificultoso ônus argumentativo que tal decisão exige.

Com efeito, a importância da fixação uma metodologia para o transconstitucionalismo se baseia no necessário estabelecimento de critérios que guiem sua aplicação no escopo de coibir o uso de suas bases teóricas seja como fundamentação *ad hoc* para decisões por elas não comportadas, seja para evitar seu manejo de modo livre, retórico e irracional por quem quer que a esteja aplicando. Isso porque a ausência de uma metodologia potencializa o risco de

¹⁵ É o caso, por exemplo, de um transconstitucionalismo aplicado ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, cujo órgão encarregado de verificar o cumprimento de seus dispositivos, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, não é caracterizado como tribunal. Tal possibilidade é mencionada explicitamente por Anne-Marie Slaughter (cf. SLAUGHTER, 1994, p. 107).

¹⁶ O uso do termo “supranacional” se deve ao fato de, na obra referenciada, o autor relacionar uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão com outra proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o qual é assim classificado em seu texto (tribunal supranacional). Tal fato não parece impedir a aplicação desse mesmo raciocínio a um tribunal integrante de uma ordem internacional, com é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, por exemplo.

reduzir uma teoria a uma dimensão simbólica, mediante, por exemplo, referências acríticas à jurisprudência de tribunais internacionais e estrangeiros ou instrumentalização “puramente retórica” dessas referências teóricas (CARVALHO, 2017, p. 95).

4.1 O esboço proposto por Marcelo Neves

No capítulo dedicado ao esboço de uma metodologia transconstitucional, Marcelo Neves indica que o ponto de partida de tal construção é a dupla contingência permanente que se espera do processo de observância recíproca entre as ordens envolvidas e suas organizações, por meio do qual se pretende que uma determinada ordem, tomando consciência da possibilidade de que outra aja de maneira diversa da que se espera, acabe se autocatalisando e moldando o agir da outra num processo que culmina em um círculo autorreferencial (NEVES, 2009, p. 270). Todavia, isso “não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência”; trata-se, porém, de uma permanente abertura cognitiva e normativa às ordens entrelaçadas no problema constitucional concreto (NEVES, 2009, p. 272).

Dessa forma, Marcelo Neves indica que o primeiro passo para o desenho de uma metodologia própria do transconstitucionalismo seria a contenção¹⁷, que deve ser enxergada não como um fim em si mesma, mas como mecanismo capaz de veicular uma dupla contingência, ou seja, tornar possível a alteração da identidade a partir da alteridade, a possibilidade de se deixar descobrir e surpreender a partir do outro (NEVES, 2009, p. 274-275). Tais exigências servem para impor uma racionalidade transversal no relacionamento entre as ordens jurídicas envolvidas na resolução do problema constitucional posto, o que será feito a partir da diferenciação funcional construtiva entre as ordens jurídicas no plano de suas respectivas autofundamentações, por meio da construção de pontes de transição (NEVES, 2009, p. 277).

Na verdade, o único passo metodológico concretamente criado com o transconstitucionalismo parece ser a admissibilidade do problema a ser enfrentado por tal referencial: a teoria de Marcelo Neves somente se aplica a problemas constitucionais, ou seja, questões envolvendo matéria de direitos fundamentais ou separação de poderes.

¹⁷ Pertinente o lembrete feito novamente por Marcelo Neves no capítulo dedicado ao esboço metodológico de sua teoria que tal construção deve partir não de uma determinada ordem jurídica previamente determinada, mas, sim, o problema constitucional concretamente analisado (cf. NEVES, 2009, p. 275).

Assim, falta-lhe uma metodologia bem definida a ser empregada em sua aplicação no processo de tomada decisão (CARVALHO, 2017, p. 99), necessidade que deve ser suprida não a fim de afastar uma total incerteza acerca dos resultados – que permanece –, mas de garantir a “indispensável construção permanente da ‘identidade constitucional’ por força de uma consideração permanente da alteridade” (NEVES, 2009, p. 272), evitando-se, inclusive, os casos de bloqueios recíprocos na resolução dos problemas constitucionais (NEVES, 2009, p. 273).

Tal problema não é próprio do transconstitucionalismo. No geral, a questão da colisão entre soluções jurisdicionais envolvendo tribunais de ordens diversas e bases normativas distintas (notadamente um órgão nacional e outro transnacional) parece se afastar de um “jogo binário de prevalências” e caminhar rumo à exigência de um ônus argumentativo mais robusto na resolução de problemas envolvendo, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 106).

À luz desse novo cenário, que não comporta relações lineares de cunho hierárquico, emerge a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia apta a promover o desenvolvimento de uma racionalidade jurídica adequada a essa nova forma de pensar o direito, notadamente para se manifestar (pela aceitação ou rejeição) acerca de uma outra ordem jurídica (SILVA, 2010, p. 111), bem como para tornar possível o diálogo intersubjetivo.

4.2 Propostas construídas sobre as limitações do paradigma hierárquico da teoria pura do Direito

Com efeito, insistir em encarar o relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito interno a partir de uma visão linear e hierárquica é pecar pela pretensão de primazia de uma ordem sobre a outra, quando, em verdade, verifica-se o surgimento de normativas oriundas de diversos espaços, de maneira que o encaixe dessas normas em uma pirâmide escalonada não é hoje viável. Buscando respostas sobre como essa relação deveria ser enxergada atualmente, surge o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, dentre outras teorias, que, diante de sua novidade, buscam o desenvolvimento de um método próprio.

Acerca dessa necessária construção metodológica, evidencia-se que as limitações presentes no relacionamento entre direito estatal e direito internacional à luz da Teoria Pura do Direito podem contribuir para sua formulação como ponto de partida, notadamente a partir do

modelo de interpretação proposto por Hans Kelsen, que, *mutatis mutandis*, pode ser útil ao transconstitucionalismo.

Isso porque mais do que uma teoria propositiva do ponto de vista instrumental, o transconstitucionalismo inova na propositura de uma nova forma de pensar o relacionamento entre as diversas ordens jurídicas a partir de sua racionalidade – dita transversal –, implicando um discurso jurídico adequado à sociedade multicêntrica dos tempos atuais. Sua inovação é precisamente de cunho discursivo, podendo ser aplicada nos diversos instrumentos que viabilizam o contato entre o direito estatal e o direito internacional, por exemplo, como é o caso do controle de convencionalidade e das consultas entre tribunais¹⁸.

Conforme exposto anteriormente, o pensamento kelseniano, diante da ausência de previsão específica nesse sentido, não admite a anulação de uma norma interna em virtude de uma alegada incompatibilidade com o direito internacional, na medida em que as únicas sanções admitidas pelo direito internacional seriam a represália e a guerra. Essa limitação, contudo, parece ser, também de acordo com a teoria de Kelsen, até certo ponto, uma questão de direito positivo, tendo em vista que, atualmente, diversos tribunais internacionais possuem competência *de lege lata* para condenar Estados (e até indivíduos, nos casos dos tribunais internacionais penais) pela prática de atos contrários ao direito internacional. Em outras palavras, nada impediria a admissão de uma norma nesse sentido. Contudo, a viabilidade de sua adoção é extremamente duvidosa do ponto de vista político, tendo em vista a existência de um apego excessivo à ultrapassada primazia da Constituição.

Na verdade, sequer figura como uma das pretensões do transconstitucionalismo a possibilidade de anulação de uma norma por um órgão jurisdicional oriundo de um sistema alheio, tendo em vista a adoção de tal pensamento redundaria no estabelecimento de uma relação hierárquica, abordable incompatível com a racionalidade transversal proposta para a resolução de problemas constitucionais comuns.

Todavia, ainda que se reconheça a inexistência de competência jurisdicional internacional expressa para anular dispositivo normativo interno por contrariar norma de direito internacional, a teoria pura do Direito pode contribuir para o desenvolvimento do

¹⁸ A crítica de que o transconstitucionalismo não é uma teoria propositiva é feita, por exemplo, por Paola Andrea Acosta Alvarado: “Es este pluralismo constitucional el que permite la articulación del constitucionalismo multinível, um marco teórico que, a diferencia del transconstitucionalismo, no se limita a describir una realidade palpable si no que, además, ofrece herramientas de renovación teóricas para comprender y abarcar dicha realidad” (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 279).

transconstitucionalismo a partir de seu capítulo sobre interpretação jurídica, que prevê a pluralidade de interpretações de um dispositivo legal dentro de uma moldura jurídica¹⁹.

Aplicando-se tal raciocínio ao contexto de relacionamento de múltiplas ordens jurídica no qual o transconstitucionalismo é desenvolvido, ter-se-ia uma moldura jurídica limitada não mais pelo enunciado gramatical do dispositivo legal, mas, sim, pelos fundamentos dos sistemas jurídicos envolvidos. Em outras palavras, o objetivo seria o de encontrar a norma jurídica, independentemente da sua origem legislativa, capaz de corresponder satisfatoriamente aos anseios de todas as ordens envolvidas, no escopo de não comprometer o regular desenvolvimento de nenhuma delas, sob pena de configurar um verdadeiro cenário de expansão destrutiva de uma sobre as outras.

Para a devida metamorfose dessa moldura jurídica, cujo conceito agora se transforma e se expande, a racionalidade transversal desempenha um papel relevante, na medida em que ela oferece o raciocínio necessário para bem identificar a norma que satisfará os anseios simultâneos das ordens envolvidas.

Dessa forma, Direito Internacional e Direito interno não mais se relacionam a partir de uma lógica hierárquica de compatibilidade intrassistêmica de normas, mas, em verdade, busca-se o ponto de intersecção entre os múltiplos ordenamentos envolvidos na resolução de determinada questão para que, a partir desses pontos e questões e suas respectivas perspectivas, seja possível ampliar, simultânea e reciprocamente, as possibilidades de respostas para o problema concreto. Por esse raciocínio, o problema da compatibilidade de normas, quando situado em um contexto multissistêmico, passa a ser resolvido também numa perspectiva ampliada, levando-se em consideração o conjunto das ordens implicadas, bem como a busca por uma resposta que possa ser suportada por todas elas, ainda que, particular e especificamente, ela possa não ser a mais desejada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim da escritura deste trabalho, verifica-se que as circunstâncias nas quais Hans Kelsen elaborou sua teoria pura do direito não mais subsistem, considerando, dentre outros

¹⁹ “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positiva no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente” (KELSEN, 2009, p. 390-391).

fatores, o surgimento de novos órgãos produtores de normas e o desenvolvimento de outras jurisdições além das estatais, razão pela qual surgiu a necessidade de se desenvolver novas formas de pensar as relações sistêmicas entre as ordens jurídicas, notadamente o direito internacional e o direito interno.

Com efeito, observou-se que, à luz da teoria pura do direito, o Direito Internacional é um sistema jurídico, coercitivo, portanto, divergindo do direito estatal pela natureza de suas sanções e pela ausência de um órgão encarregado de apreciar as alegações de violação de direitos. Tal sistema, quando relacionado com o Direito interno, tem o potencial de gerar, eventualmente, situações envolvendo normas conflitantes que, segundo a proposta de Hans Kelsen, devem ser resolvidas – diante da ausência de um tribunal capaz de exercer esse controle – pela revogação da norma interna, por ser de hierarquia inferior, o que não impedirá o Estado de sofrer sanções internacionais.

Nesse contexto, o desenvolvimento das jurisdições internacionais, para fins de acompanhar o crescimento qualitativo e quantitativo do Direito Internacional, culmina por criar uma “concorrência” com os juízes nacionais, inclusive com a possibilidade de decisões conflitantes, razão pela qual novas teorias distantes de perspectivas hierárquicas ganham vida e forma.

Dentre elas, encontra-se o transconstitucionalismo, que pretende, por meio de uma racionalidade transversal, propiciar o acoplamento de ordens jurídicas de diversas naturezas em torno de um problema constitucional (direitos fundamentais ou separação de poderes) comum. Negando primazia a qualquer tipo de ordem jurídica, a teoria de Marcelo Neves preza pela busca por soluções que levem em consideração as contribuições das ordens jurídicas envolvidas, rejeitando-se pretensões de atomização ou de expansão destrutiva em relação às demais.

Essa teoria, contudo, carece de uma metodologia bem definida. Apesar do esboço metodológico esboçado por seu autor, que fala em autocontenção como forma de viabilizar uma dupla contingência no relacionamento recíproco das ordens envolvidas, é necessário ir além. Por isso, e à luz do que se verificou no estudo que ora se conclui, restou identificado que a moldura jurídica proposta por Kelsen sobre a interpretação jurídica é capaz de contribuir para a construção de uma metodologia do transconstitucionalismo. Isso porque, nessa nova conjuntura, mais do que uma compatibilização hierárquica intrassistêmica, a busca que se faz é pela compatibilização das ordens envolvidas a partir de seus fundamentos. Não por outra razão

a resposta buscada deve ser minimamente admitida por todos os sistemas jurídicos parciais envolvidos, ainda que não seja a resposta mais adequada no contexto particular de cada um.

Esse processo dinâmico e constante de aprendizado recíproco não é estanco e gera um contínuo processo de troca de informações e experiências, o que envolve a necessidade de criação de ônus argumentativo para a adoção e a rejeição das normas de outras ordens, especialmente quando essas conclusões custarem um pouco mais a uma determinada ordem em virtude da “timidez” de seus dispositivos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinível: el ejemplo colombiano. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Ancaro (Coord.); GERBER, Konstantin (Org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 279-318.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Cosmopolitismo ou transconstitucionalismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *In*: CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (Orgs.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75-104.

CARVALHO DE RAMOS, André de. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez., 2011/2012.

DIENA, Giulio. L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international. **Revue générale de droit international public**, v. 16., p. 57-76, 1909.

ELMAUER, Douglas. Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. *In*: CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (Orgs.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 105-123.

JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergente, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, p. 109-128, 2005.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o Direito interno e o Direito Internacional Público. Trad. de Marcelo D. Varella (Coord.). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, a. 2, p. 9-89, jul./dez., 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 37-58, jul./set., 2015.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar., 2014.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau? Vers um nouveau mode de production du droit? **Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques**, Bruxelas, v. 44, p. 1-82, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-137, 1994.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. In whose name: an investigation of international courts' public authority and its democratic justification. **The European Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 7-41, 2012.

**TRANSCONSTITUTIONALISM, INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LAW :
A NEW WAY TO SEE KELSEN'S LEGAL FRAMWORK**

ABSTRACT

The development of new ways of dealing with the relationship between international law and domestic law gave rise to new theories, which, however, still lack a methodology, and, among them, transconstitucionalism. Thus, the present study intends to investigate whether the pure theory of law can assist it in this methodological construction. For this purpose, an eminently bibliographic methodology

was used, using the writings of the authors of the theories under analysis and of the doctrine that comment on them. It concluded for the possibility of using the Kelsen's legal framework, with adaptations, within the scope of transconstitutionalism.

Keywords: Transconstitucionalism. Pure theory of law. International law. Domestic law.