



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

**RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: DAS
TEORIAS CLÁSSICAS DUALISTA E MONISTA AO
TRANSCONSTITUCIONALISMO**

FORTALEZA-CE

2013

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: DAS
TEORIAS CLÁSSICAS DUALISTA E MONISTA AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior - UFC (Orientador)

FORTALEZA-CE

2013

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: DAS
TEORIAS CLÁSSICAS DUALISTA E MONISTA AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará

Mestrando Renato Barbosa de Vasconcelos
Universidade Federal do Ceará

À minha mãe, que tornou tudo possível para mim,
que tornou tudo mais fácil para mim,
que se tornou tudo para mim.

AGRADECIMENTOS

Devo deixar meus agradecimentos àqueles que comigo conviveram desde que me entendo por gente, àqueles que sempre me apoiaram e sempre me apoiariam: minha família.

Deixo agradecimentos também à centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, seus funcionários, alunos e professores, que muito contribuíram para meu crescimento. Agradeço, especialmente, ao professor William Marques, ao professor Regnberto Melo e ao colega Renato Vasconcelos, aos quais tive o prazer de apresentar este singelo trabalho.

Aos amigos devo também deixar agradecimentos. A quantidade de pessoas que merecem lembrança não cabe neste pequeno texto. Eximo-me de citá-las para não cometer injustiças. Saibam apenas que, em algum momento, uma conversa, um abraço, um aperto de mão e uma palavra amiga me foram inesquecíveis e contribuíram de alguma forma para eu chegar aonde cheguei.

“Ich sehe, was du nicht siehst.”

Niklas Luhmann

RESUMO

A temática de relacionamento entre ordens jurídicas, especificamente entre a ordem estatal e a ordem internacional, vem sendo estudada há pelo menos um século. As principais teorias a respeito do tema foram desenvolvidas no início do século XX e ainda hoje servem de fundamento para os tribunais na resolução de problemas jurídicos envolvendo ordens jurídicas diversas. Enquanto a teoria dualista considera a existência de duas ordens jurídicas diversas, a estatal e a internacional, a teoria monista considera haver apenas uma ordem jurídica. Entretanto, em face do fenômeno da globalização, que implica a crescente complexificação das relações sociais em nível mundial, surgem problemas jurídicos que demandam solução por diferentes ordens jurídicas, especialmente no que tange questões envolvendo diretamente direitos humanos fundamentais ou limitação e organização do poder. Por um lado, as teorias clássicas apontam soluções particularizadas que não resolvem o conflito entre jurisdições. Por outro lado, surgem teorias que procuram soluções conciliadoras entre ordens jurídicas diversas, como é o caso do transconstitucionalismo. Em virtude da emergência de problemas transconstitucionais, é necessário que se criem mecanismos de diálogos entre as ordens jurídicas a fim de solucioná-los sem que as ordens envolvidas se bloqueiem ou se destruam.

Palavras-chave: Teoria dualista; teoria monista; transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The theme of the relation between juridical orders, specifically between the national order and the international order, has been studied at least since a century. The main theories about this theme were developed at the beginning of 20th century and still today they serve as fundament for the courts in the solution of juridical problems which involves different juridical orders. While the dualist theory considers the existence of two different juridical orders, the national and the international, the monist theory considers the existence of only one juridical order. However, due to the globalization phenomenon, which implicates the rising of a worldwide complexification of the social relationships, some juridical problems emerge, which involve directly human rights or limitation or organization of power issues, that acquire a solution by different juridical orders. On the one hand, the classical theories indicate particularized solutions that don't solve the conflicts between jurisdictions. On the other hand, some theories appear which look for conciliatory solutions between different juridical orders, such as the transconstitutionalism. Due to the emergence of transconstitutional problems, it is necessary to create dialog mechanisms between the juridical orders in order to solve these problems without however a destruction or blockage of the involved orders.

Keywords: Dualist theory; monist theory; transconstitutionalism.

SUMÁRIO

| | | |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 17 |
| 2 | O DUALISMO | 19 |
| 2.1 | A teoria dualista | 19 |
| 2.2 | Críticas à teoria dualista | 22 |
| 3 | O MONISMO | 25 |
| 3.1 | A teoria monista | 25 |
| 3.2 | Vertentes da teoria monista | 25 |
| <i>3.2.1</i> | <i>O monismo nacionalista</i> | 26 |
| <i>3.2.2</i> | <i>O monismo internacionalista</i> | 28 |
| <i>3.2.2.3</i> | <i>A posição de Kelsen</i> | 29 |
| 3.3 | Críticas à teoria monista | 34 |
| 4 | O TRANSCONSTITUCIONALISMO | 37 |
| 4.1 | O novo perfil do Direito Internacional | 37 |
| 4.2. | Delimitação conceitual do termo Constituição | 40 |
| 4.3 | Racionalidade transversal | 42 |
| <i>4.3.1</i> | <i>Constituição transversal</i> | 45 |
| 4.4 | Transconstitucionalismo | 47 |
| 4.5 | Análise da prisão civil do depositário infiel sob o prisma do transconstitucionalismo | 50 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 53 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 55 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de fazer uma breve análise de algumas teorias que trabalham com a temática de relacionamento entre ordens jurídicas diversas. Serão estudados: o dualismo, primeira corrente de pensamento que defende haver duas ordens jurídicas completamente separadas; o monismo, corrente que, por sua vez, defende a existência de tão somente uma única ordem jurídica, e o transconstitucionalismo, teoria que, partindo de pressupostos diferentes, volta-se para a situação contemporânea, em que problemas constitucionais, especialmente os relacionados a direitos humanos ou fundamentais, são tratados por mais de uma ordem jurídica, seja ela estatal, internacional, transnacional ou supranacional.

No primeiro capítulo, será estudado especificamente o dualismo. Será visto que a teoria dualista prega, basicamente, a existência de duas ordens jurídicas: a ordem jurídica internacional, regida pelo direito internacional, e a ordem jurídica interna, regida pelo direito estatal. Essas duas ordens jurídicas são distintas e absolutamente separadas a tal ponto que não podem nem entrar em conflito entre si. Tal teoria parte do pressuposto que o Estado detém soberania absoluta. Por isso, as disposições de direito internacional, para que possam valer no território de um Estado, necessitam passar por um processo de transformação em direito nacional, isto é, serem aprovadas por um processo legiferante, seguindo o procedimento legislativo comum às outras leis de um Estado. Cada ordem possui, ademais, um objeto de regulação diferente: enquanto a ordem internacional regula a relação que se estabelece entre Estados, a ordem interna regula as relações entre indivíduos. Mas o dualismo esteve sujeito a diversas críticas. Uma delas, por exemplo, é o fato de que, hoje, não só o Estado é sujeito de direito internacional como também o é o próprio indivíduo, cujas relações em determinadas situações, são reguladas, inclusive, diretamente pelo direito internacional.

No segundo capítulo, será estudado especificamente o monismo. Será visto que a teoria monista, em oposição à teoria dualista, defende existir tão somente uma ordem jurídica, dentro da qual há tanto normas jurídicas internacionais quanto normas jurídicas nacionais. Nessa teoria, vigora o princípio da subordinação, que diz ser o ordenamento jurídico disposto de forma hierárquica, de modo que há normas que se subordinam a outras normas. Para que valham, as normas jurídicas inferiores devem estar em conformidade com o disposto nas normas jurídicas superiores. A vertente nacionalista do monismo, com suporte também na

ideia de soberania absoluta estatal, defende o primado do direito interno, isto é, as normas jurídicas nacionais têm superioridade hierárquica em relação às normas jurídicas internacionais. Já a vertente internacionalista do monismo, propugnando a relatividade da noção de soberania, defende o primado do direito internacional; as normas jurídicas internacionais é que têm superioridade hierárquica em relação às normas jurídicas nacionais. O monismo também não esteve infenso a críticas. Uma delas foi direcionada à teorização do conceito de soberania, feita especialmente pelos defensores da vertente internacionalista, que pregavam que um Estado era soberano de acordo com o que definia o direito internacional.

No terceiro capítulo, por fim, será estudado especificamente o transconstitucionalismo. Será visto que essa teoria não se volta, primariamente, à análise de uma ordem jurídica em particular, seja ela interna, seja internacional. Rejeita, aliás, as concepções que dão primazia aos pontos de vista estatal ou internacional para a análise de problemas jurídico-constitucionais. Parte da delimitação conceitual do termo Constituição, como instituição que surgiu num determinado momento histórico, nos finais do século XVIII, para a resposta de, basicamente, dois problemas fundamentais: a exigência crescente de proteção de direitos e garantias individuais e a necessidade de limitação, organização e controle do poder estatal. A Constituição é entendida não só como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político mas também como instância de racionalidade transversal entre esses dois sistemas. O conceito de racionalidade transversal, ademais, é utilizado para compreender como se dá a proposta transconstitucional, que analisa a construção de “pontes de transição” entre ordens jurídicas diversas, de modo que uma não bloqueie ou destrua a outra quando ambas estiverem envolvidas, concomitantemente, com os mesmos problemas constitucionais.

2 O DUALISMO

O relacionamento entre direito interno e direito internacional foi objeto de estudo sistematizado, primeiramente, por Heinrich Triepel¹. Sua obra intitulada “Völkerrecht und Landesrecht” de 1899 inaugurou uma onda de debates em torno do tema que perduraria pelas décadas seguintes, arregimentando ora defensores de suas ideias, ora críticos. Nesta obra, defende Triepel que há duas ordens jurídicas distintas e separadas: a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional. Esta concepção foi denominada de dualismo.²

2.1 A teoria dualista

A teoria dualista tem como principal premissa a completa distinção e separação entre o direito internacional e o direito interno. As normas de um ordenamento interno não poderiam entrar em conflito com as normas de um ordenamento internacional,³ pois ao direito internacional caberia tratar das relações entre Estados, enquanto ao direito interno, das relações entre os indivíduos.⁴ Conforme o próprio Triepel, “elas mesmas [as ordens jurídicas

¹É o que Celso Mello assevera. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p 121. Entretanto, mais adiante, ressalva que o primeiro estudo sistemático da matéria foi feito por Heinrich Triepel, “o que não significa que outros autores não tenham antes de Triepel estudado o assunto.”. Cita Bártolo, quem “já declarava que o costume que violasse a ‘a lei divina, o direito natural e o direito das gentes não é obrigatório’”; Amancio Alcorta, quem, antes mesmo de Triepel, já havia estudado o assunto, levando em conta a prática estatal, e Paul Laband, que “já sustentava o dualismo”. Cf. MELLO, op. 120. O próprio Heinrich Triepel, aliás, na introdução de sua obra, declara ser seu intento uma “tentativa de considerar, por todos os lados, a relação dentre Direito Internacional e Direito Interno, o que nunca foi empreendido. Não há uma monografia sobre o problema; ensaios, cujos títulos aparentam oferecer o procurado, decepcionam tão logo se os leem.”, em TRIEPEL, Heinrich. **Völkerrecht und Landesrecht**. Leipzig: Hirschfeld, 1899, p. 3, tradução nossa. No original: “Nun ist aber der Versuch, das Verhältniss von Völker- und Landesrecht nach allen Seiten hin festzustellen, noch niemals unternommen worden. Eine Monographie über das Problem giebt es nicht; Abhandlungen, deren Titel den Anschein erweckt, als böten sie das Gesuchte, enttäuschen, sobald man sie aufschlägt.”.

² Embora a obra de Triepel tenha sido publicada em 1899, sua corrente de pensamento só seria denominada de dualismo em 1914 por Alfred Verdross, quem contraporaria a esta corrente o monismo. Só em 1923, Heinrich Triepel aceitaria a denominação: Cf. GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 42 e MELLO, op. cit. 122. Interessante é que o próprio Verdross, quem cunhara o termo dualismo, reconheceu a deficiência desta denominação. Como não havia somente duas ordens jurídicas, uma interna e uma internacional, mas várias ordens jurídicas internas, mais correto seria chamá-la de corrente pluralista. Cf. MELLO, op. cit. 122; VERDROSS, Alfred. **Le Fondement du Droit International**, RDC, t. 16, n. 1, 1927, p. 32.

³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 63.

⁴ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G.E. do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

interna e internacional] não podem, elas devem, se ambas existem, possuir um ‘domínio’ próprio”.⁵ E mais adiante:

[...] o direito internacional e o direito nacional não são somente diferentes disciplinas jurídicas como também diferentes ordens jurídicas. São dois círculos que, no máximo, se tocam, mas nunca se entrecortam. Assim, de nosso ponto de vista, é de uma perfeita contradição considerar o direito internacional como direito nacional ou vice-versa.⁶

Outro ponto de distinção é que o direito internacional, para existir, dependeria da vontade comum de vários Estados, enquanto o direito interno dependeria tão-somente da vontade unilateral de um Estado. Por via de consequência, o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, salvo se suas normas fossem transformadas em direito interno,⁷ o que representaria o assentimento do Estado com as normas internacionais. Esse processo de transformação ou de incorporação é, aliás, um dos pontos fundamentais da teoria dualista. A teoria da incorporação ou da transformação de mediatização, elaborada por Paul Laband, diz que um tratado só adquire a capacidade de regular as relações que se desenvolvem no território de um Estado somente se incorporado ao seu ordenamento interno. Para tanto, seria necessário um procedimento que o transformasse numa norma nacional. De acordo com esta teoria, não é cabível aceitar a aplicação imediata do Direito Internacional para as relações sociais estatais. O ente estatal aceitaria as disposições do direito das gentes somente a partir do momento em que se integrassem ao direito nacional por meio de um diploma legal distinto, adotante do mesmo conteúdo do tratado e que seguisse adequado processo legislativo. Dessa forma, com o processo de incorporação, os eventuais conflitos entre normas só envolveriam normas nacionais e não o direito internacional e o direito nacional.⁸ O tratado não criaria o direito interno. Seria, quando muito, um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado, distinto de sua participação na arena internacional.⁹ Alguns críticos atacam o dualismo especificamente na sua teoria da incorporação. Nascimento, Silva e Accioly chegam a asseverar que: “é na explicação do fenômeno da *transformação* que os defensores do dualismo mostram a debilidade de seu raciocínio, que, além do mais, não leva em conta a importância do costume.”¹⁰

⁵ TRIEPEL, op. cit., p. 26, tradução nossa. No original: “[...] sie können nicht dieselben, sie müssen, wenn sie beide existieren, verschiedene „Gebiete“ beherrschen.”

⁶ TRIEPEL, op. cit., p. 111, tradução nossa. No original: “[...] Völkerrecht und Landesrecht sind nicht nur verschiedene Rechtsteile, sondern auch verschiedene Rechtsordnungen. Sie sind zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals scheiden. So ist es von unserem Standpunkte aus ein vollkommener Widerspruch Völkerrecht zugleich Landesrecht sein zu lassen oder umgekehrt.”

⁷ ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op.cit., p. 235.

⁸ PORTELA, op. cit., p. 64.

⁹ MELLO, op. cit., p. 122.

¹⁰ ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op.cit., p. 235.

Celso de Mello elenca três diferenças fundamentais entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna nos termos apontados pela corrente dualista. A primeira diferença refere-se às “relações sociais”: na ordem jurídica internacional, só o Estado é sujeito de direito; na ordem jurídica interna, não só o Estado é sujeito de direito mas também o homem. A segunda diferença refere-se às “fontes nas duas ordens jurídicas”: o direito internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, manifestada, expressamente, nos tratados-leis e, tacitamente, no costume internacional; o direito interno tem como única fonte a vontade de um Estado. A terceira diferença refere-se à “estrutura das duas ordens jurídicas”: enquanto a ordem jurídica internacional está baseada em um sistema de coordenação, a ordem jurídica interna baseia-se num sistema de subordinação.¹¹

Oppenheim, um dos pioneiros estudiosos do Direito Internacional moderno, especialmente na Inglaterra, filiou-se também ao dualismo. Fazendo referência expressa a Triepel, aponta também diferenças essenciais que implicavam a distinção entre o direito internacional e o direito nacional.¹² Primeiro, diferenciam-se quanto às fontes: as fontes do direito nacional são o costume que emerge dentro das fronteiras do respectivo Estado e os regulamentos decretados por uma autoridade competente; as fontes do direito internacional, por sua vez, seriam os costumes que emergem dentro da Família das Nações e os tratados estipuladores de leis concluídos pelos membros dessa Família. Segundo, diferenciam-se quanto às relações que regulam: o direito nacional regula as relações entre indivíduos sob o domínio do respectivo Estado e as relações entre o Estado e os respectivos indivíduos; o direito internacional, por outro lado, regula as relações os Estados-membros da Família das Nações. Terceiro, diferenciam-se quanto ao conteúdo: o direito nacional é um direito de um Soberano sobre os indivíduos submetidos ao seu domínio; o direito internacional é um direito que não se coloca sobre, mas entre Estados soberanos, e, portanto, um direito mais fraco.¹³

O dualismo teve repercussão em diversos países, mas teve aceitação larga, especialmente, na Itália. A teoria de Heinrich Triepel seria levada para a Itália e por lá difundida por Dionísio Anzilotti, quem a ela expressamente aderiu em seu trabalho intitulado “Il Diritto Internazionale nel giudizio interno”. Anzilotti, porém, deu suas contribuições, distanciando-se, em alguns pontos, do modelo de Triepel, admitindo, por exemplo, a possibilidade de aplicação do direito internacional dentro dos limites do Estado, com a força

¹¹ MELLO, op. cit., p. 121-122.

¹² OPPENHEIM, Lassa Francisc Lawrence. **International law**: a treatise. Nova York: Longman, Green and Co., 1905, p. 25.

¹³ Ibid., p. 25-26.

vinculante de lei, sem que passasse pelo processo de transformação. Outro italiano defensor da corrente dualista foi Perassi, que defendeu a autonomia das duas ordens jurídicas, mas apontando a superioridade do Direito Internacional em relação aos Estados.¹⁴ Dentre outros partidários da corrente dualista, podem-se citar Strup, Gustav Walz, Giulio Diena, balladore palieri e Franz von Liszt.¹⁵

O resumo das ideias basilares da teoria dualista é feito por Vicente Rangel nas seguintes palavras:

Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega a possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como ‘duas esferas, quando muito tangentes, mas, jamais, secantes’. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao direito das Gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade da norma internacional no direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no direito interno, incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem ‘dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais’. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado – assinalam ainda os adeptos do paralelismo – o ‘prius’ lógico do Direito Internacional, de modo que aquele não está para este, senão ao contrário, o ‘direito internacional está para o Estado’.¹⁶

A teoria dualista elaborada por Triepel foi pioneira na análise do relacionamento entre ordens jurídicas. Entretanto, sofreu diversas críticas, especialmente devido à maior integração dos países e a novos entendimentos sobre o direito internacional.

2.2 Críticas à teoria dualista

Diversas críticas foram feitas ao dualismo. Em primeiro lugar, aponta-se o fato de que, hoje, os Estados não são os únicos sujeitos de direito internacional. A evolução recente das relações internacionais tem exigido do direito das gentes a regulação de situações que envolvem outros entes além do Estado, os quais passaram a ter direitos e obrigações

¹⁴ MELLO, op. cit., p. 122.

¹⁵ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 5.

¹⁶ RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais, in: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, 1967, n. 44-45, p. 31-32.

estabelecidos diretamente pelas normas internacionais.¹⁷ Assim, já se confere a outras pessoas a possibilidade de participarem da cena jurídica internacional como verdadeiros sujeitos de direito. É o caso do indivíduo, que é detentor de direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional.

Em segundo lugar, critica-se a concepção de que o direito é produto da vontade de um Estado (ordem jurídica interna) ou da vontade de vários Estados (ordem jurídica internacional). O voluntarismo é insuficiente para explicar o fenômeno jurídico em sua totalidade, não dando conta, por exemplo, de esclarecer como o costume internacional faz-se obrigatório, visto que seu surgimento não se dá de forma consciente e intencional por parte dos Estados.¹⁸

Em terceiro lugar, pode-se dizer que o Direito Internacional consuetudinário é aplicado pelos tribunais internos sem que tenha passado pelo processo de transformação,¹⁹ de modo que há a aplicação dos costumes internacionais em litígios internos mesmo que o legislador interno não os tenha incorporado por meio de um procedimento legislativo específico.

Em quarto lugar, critica-se a noção de que o direito internacional é um direito de coordenação enquanto o direito nacional é um direito de subordinação. Verdross e Kelsen comungam da ideia de que é pressuposto da existência de dois ordenamentos situados ao mesmo nível, delimitados um em face do outro nos respectivos domínios de validade, que haja um terceiro ordenamento, de grau superior, que determine a criação dos outros dois e os delimite reciprocamente em esferas respectivas de validade e, assim, os coordene,²⁰ de modo que, pelo menos pela lógica jurídica, nos termos apontados por esses autores, não se há de falar num direito de coordenação.

Em quinto lugar, quanto à escola italiana da teoria dualista, que defende que o direito internacional não se relaciona com o direito interno, mas tão somente com o Estado como sujeito de direito internacional, pode-se citar o fato de que não se pode dissociar o Estado de seu ordenamento.²¹ A própria noção de Estado implica referir-se a seu ordenamento jurídico, que o define e o molda.

¹⁷ PORTELA, op. cit., p. 169.

¹⁸ MELLO, op. cit., p. 122.

¹⁹ Ibid., p. 123.

²⁰ VERDROSS, op.cit., p. 33-34; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF, 2009, p. 369.

²¹ MELLO, op. cit. 123.

É possível ainda assinalar uma sexta crítica ao dualismo conforme exposição de Celso Mello. Triepel fez uma distinção entre os órgãos legislativo e executivo de um Estado, submetidos diretamente ao direito internacional – pois detinham a função de executar os tratados – e os órgãos administrativos, judiciais e o homem, submetidos ao direito interno. Conforme Mello, não há qualquer princípio constitucional ou internacional que consagre esta distinção. Aliás, os tribunais internos sempre reconheceram as imunidades diplomáticas sem que qualquer lei tenha incorporado a norma costumeira internacional.²² O direito internacional, portanto, dirige-se ao direito interno, existindo, inclusive, uma necessária dependência daquele em relação a este, de modo que, se o direito interno não cumpre o direito internacional, “ele deixa de funcionar”.²³

²² Em sentido convergente com o de Mello, Oliveiros Litrento assevera que a doutrina dualista tem “todos os inconvenientes do voluntarismo, nomeadamente o de só se referir aos tratados e não ao costume ,sendo, no entanto costume internacional normalmente aplicado pelos tribunais internos.” LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.100.

²³ Ibid., p. 140.

3 O MONISMO

A corrente dualista, como visto, sofreu diversas críticas. Por outro lado, surgiu uma nova teoria que tentava explicar de forma mais coerente como se dava o relacionamento entre o direito internacional e o direito nacional: o monismo.

3.1 A teoria monista

Enquanto para o dualismo há duas ordens jurídicas distintas e separadas, que não se entrecortam, quais sejam, a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, para o monismo existe tão somente uma única ordem jurídica, em que, isto sim, há tanto normas internacionais quanto normas nacionais. O direito, na verdade, é um só.²⁴ Para a corrente monista, não há, em absoluto, duas ordens jurídicas autônomas, independentes e derivadas²⁵. As ordens jurídicas nacional e internacional, na teoria monista, são equiparadas quanto aos sujeitos, às fontes, ao objeto e às estruturas, que se comunicam e se interpenetram.²⁶

3.2 Vertentes da teoria monista

Com efeito, a teoria monista tem como base o princípio da subordinação.²⁷ A única ordem jurídica existente organiza-se numa estrutura rigorosamente hierárquica, em que algumas normas subordinam-se a outras. Entretanto, o ponto chave dentro da teoria monista que gerou discussões e profundas discordâncias entre seus adeptos era, precisamente, saber qual seria a norma hierarquicamente superior. Surgiram, assim, dentro do monismo, duas correntes bem claras: o monismo nacionalista e o monismo internacionalista. Enquanto aquele dava primazia ao direito nacional, colocando-o em posição hierárquica superior em relação ao direito internacional, este propugnava o contrário, com o direito internacional sobrepondo-se hierarquicamente ao direito nacional.

²⁴ ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op.cit., p. 235.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 123.

²⁶ RANGEL, op.cit., p. 33.

²⁷ FRAGA, op. cit., p. 7.

3.2.1 O monismo nacionalista

O monismo na sua vertente nacionalista teve como principais defensores Decenièere-Ferrandiere, Max Wenzel, Zorn e Kaufmann²⁸. Alfred Verdross, num primeiro momento, também foi partidário desta concepção. Alguns autores soviéticos como Korovin também sustentaram que o direito internacional só seria válido para o Estado como parte de seu direito nacional, filiando-se à noção de soberania absoluta do Estado.²⁹ Celso Mello ainda lembra que alguns juristas nazistas também seguiram o monismo nacionalista, que, hoje, é adotada por Georges Burdeau, quem considera o direito internacional público “um direito nacional para uso externo”.³⁰

O monismo nacionalista defende a existência de tão somente uma ordem jurídica, mas com a primazia do direito interno de cada Estado. As normas nacionais são dotadas de superioridade hierárquica e, por isso, sobrepõem-se às normas internacionais. O principal fundamento desta corrente é o valor superior da soberania estatal absoluta. Com influência marcante de Friedrich Hegel, essa ideia predominou no relacionamento entre as nações, especialmente a partir da Paz de Westfália.³¹ O Estado, detentor de uma soberania absoluta, não estaria, por consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não fosse aquele emanado de sua própria vontade, de modo que seria a autolimitação do Estado, inclusive, o fundamento do Direito Internacional, concepção defendida por Georg Jellinek.³²

A vertente nacionalista do monismo defende, assim, o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sendo a adoção dos preceitos do direito internacional uma “faculdade discricionária”. Os monistas que adotam essa corrente ressaltam a importância da soberania de cada Estado, privilegiando a descentralização da sociedade internacional e até tendendo para certo culto da Constituição, a cujo texto nenhum outro se sobrepõe e onde de fato se encontra “o exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”.³³

²⁸ Ibid, p. 7.

²⁹ Interessante a nota de Celso Mello quando diz que os autores socialistas, defensores do monismo nacionalista, têm considerado que o primado do Direito Internacional seria um “meio de os países capitalistas interferirem nos assuntos internos dos Estados”. Cf. MELLO, op. cit., p. 140.

³⁰ Ibid., p. 123.

³¹ PORTELA, op. cit., 65.

³² MELLO, op. cit., p. 123.

³³ REZEK, Francisco José. **Curso de direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva.

Mirtô Fraga elenca dois dos principais argumentos defendidos pelos adeptos do monismo nacionalista.³⁴ Em primeiro lugar, somente ao Estado caberia aderir, livremente, às disposições de direito internacional. Tendo em vista a ausência de uma autoridade supra-estatal dotada de poder de coerção para executar o não cumprimento de obrigações internacionais, restaria o próprio Estado como único juiz da forma de executá-las. A principal crítica a esse argumento, por outro lado, é o fato de que só seria adequada caso se admitisse a existência tão somente de uma única fonte de direito - os tratados - e se negasse a existência de outras fontes de direito internacional - como os costumes.

Em segundo lugar, os defensores do monismo nacionalista alegam que os órgãos do Estado competentes para realizar tratados, obrigando os Estados no plano internacional, seriam aqueles definidos com fundamento numa constituição. Tendo em vista que a aceitação de um tratado só pode ser feita por uma autoridade competente sob o albergue de um mandamento constitucional, conclui-se a primazia que tem o direito interno sobre o direito internacional. A principal crítica esse argumento, por outro lado, considera que, aceita essa noção de fundamento constitucional que configura o monismo como sendo de viés nacionalista, haveria uma contradição com o direito internacional positivo, visto que, se as obrigações internacionais tivessem fundamento em uma Constituição, a validade dessas obrigações subordinar-se-iam à da Constituição que lhes originou e, assim, poderiam perder sua validade cada vez que uma nova Constituição fosse elaborada. Entretanto, não é esta a prática internacional, que, em razão do princípio da continuidade e da identidade do Estado, tende a apontar para a observância dos tratados internacionais concluídos em regimes jurídicos anteriores.

Outra crítica ao monismo nacionalista, feita por Celso de Mello, aponta para o fato de que ela nega a existência do próprio direito internacional como um direito dotado de autonomia e independência em relação ao direito nacional. Os defensores desta corrente, simplesmente, reduzem-no a um direito estatal³⁵. Isto implica, por via de consequência, um falso monismo, de modo que, se se considera a existência de um direito internacional subordinado às normas de direito estatal, é de se concluir que não há tão somente uma única ordem jurídica internacional, mas uma pluralidade de ordens, tantas quantos os Estados existentes.

³⁴ Os argumentos em defesa do monismo nacionalista bem como as críticas correspondentes citadas críticas ao monismo nacionalista encontram-se resumidas por Mirtô Fraga. Cf. FRAGA, op. cit., p. 8-9.

³⁵ MELLO, op. cit., p. 123.

O monismo nacionalista teve alguma aceitação, mas não perdurou muito tempo, especialmente em virtude das críticas acima apontadas. Alfred Verdross, um dos estudiosos da temática do relacionamento entre ordens jurídicas, havia, primeiramente, aderido a essa corrente, mas depois passou a defender a vertente internacionalista do monismo. Havia percebido que a teoria que dava primazia ao direito nacional chegava à impossibilidade de basear todo o direito internacional no direito nacional, mas, ainda que fosse possível, os diversos direitos nacionais permaneceriam independentes um do outro.³⁶ Veja-se a seguinte passagem de Sidney Guerra, que assim arremata a análise que faz do monismo nacionalista

Esta teoria foi completamente abandonada, pois não se adapta em nenhum sentido com a realidade dos dias de hoje, principalmente se lembrarmos que vivemos em um mundo globalizado, ou seja, em que as fronteiras estatais estão sendo ultrapassadas pelos movimentos econômicos e os próprios Estados não conseguem mais controlar e nem têm meios para fazer tal controle. É, portanto, uma teoria ultrapassada. Como exemplo, pode-se citar o nazismo, que considerava o direito alemão superior a todos os outros, devendo predominar sobre os demais.³⁷

A teoria nacionalista foi perdendo crédito. A interligação entre países tornava-se mais intensa e sólida, exigindo que questões jurídicas fossem analisadas por ordens jurídicas internacionais, com cuja jurisdição concordassem as diversas nações relacionadas. Os tratados internacionais foram adquirindo preponderância, e a tendência a visões internacionalistas acerca do relacionamento entre ordens jurídicas tornaram-se mais frequentes. Nesse contexto, surge o monismo de vertente internacionalista.

3.2.2 O monismo internacionalista

O monismo internacionalista teve contribuição de alguns franceses como Georges Scelle e Politis³⁸, mas seu desenvolvimento foi impulsionado, principalmente, na Escola de Viena. Autores como Hans Kelsen, Alfred Verdross e Josef Laurenz Kunz³⁹ foram os protagonistas na elaboração da vertente internacionalista da corrente monista. Como dito, Alfred Verdross foi, a princípio, defensor do monismo que dava primazia ao direito interno – ou monismo nacionalista – mas, depois, em virtude sobretudo da influência da Escola de Viena, da qual fazia parte, passou a defender o monismo internacionalista, tornando-se um de

³⁶ VERDROSS, op.cit., p. 32.

³⁷ GUERRA, op. cit., p. 46-47.

³⁸ FRAGA, op. cit., p. 8.

³⁹ MELLO, op. cit. p. 124.

seus mais importantes doutrinadores, inclusive colaborando na teoria forjada por Hans Kelsen acerca do relacionamento entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional.

O monismo internacionalista caracteriza-se por dar primazia ao direito internacional – e não ao direito nacional, como defendiam os adeptos da corrente nacionalista. A superioridade hierárquica é atributo das normas internacionais, que se sobrepõem às normas nacionais – e não o contrário. A vertente internacionalista também não vê diferenças fundamentais entre ordem jurídica internacional e ordem jurídica nacional e entende, inclusive, que a “soberania deve ser entendida com certa relatividade” além de “dependente da ordem internacional.”⁴⁰.

Os monistas que adotam essa corrente, como anota Francisco Rezek, criticam o erro da ideia de que o Estado soberano tenha podido em outros momentos ou até hoje “sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes”; voltam-se, por outro lado, para uma “perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única”.⁴¹ Enquanto os monistas nacionalistas penderiam para um culto a Constituição estatal, os monistas internacionalistas tenderiam para a idealizada noção de uma Constituição mundial.

3.2.2.3 A posição de Kelsen

O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior.⁴² E sua análise acerca do relacionamento entre ordens jurídicas e das teorias até então existentes bem como sua própria concepção pendente ao monismo de vertente internacional são fundamentais para a compreensão da temática.

Kelsen, antes de defender seu posicionamento, faz uma investigação acerca da essência do direito internacional. Para o ele, o direito internacional é não só “um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados – que são sujeitos específicos do direito internacional” como também é uma “ordem coercitiva da conduta humana”, isto é, também é ordem que regula o comportamento dos indivíduos. Além disso, o direito internacional liga-se aos fatos que define como “pressupostos atos de coerção por ele determinados como

⁴⁰ Ibid., p. 124.

⁴¹ REZEK, op.cit., p. 5.

⁴² Ibid., p. 4.

consequências” e ainda “pode ser descrito em proposições jurídicas” assim como o é o direito nacional.⁴³

O direito internacional, aliás, tem o mesmo caráter do direito estatal, distinguindo-se dele tão somente – e aí há, por outro lado, uma certa semelhança com o direito de uma sociedade primitiva – pelo fato de não possuir órgãos de criação e aplicação de normas, tendo em vista a grande descentralização do direito internacional,⁴⁴ em contraposição à centralização de poder soberano que existe na figura do Estado. Para Kelsen, em virtude de o direito internacional ainda encontrar-se no começo de uma evolução já percorrida há muito pelo direito estatal, não é dotado, por exemplo, de uma instância objetiva que deva decidir um litígio por um processo juridicamente regulado,⁴⁵ o que autorizaria cada Estado a reagir contra qualquer violador do direito internacional por meio de um ato de coerção - represálias específicas ou mesmo a guerra. Seria a “técnica de autodefesa, que também foi o ponto de partida da evolução da ordem jurídica estadual”.⁴⁶

Defende Kelsen que o direito internacional, em conformidade com sua teoria piramidal de disposição de normas, possui uma estrutura escalonada, em que a norma geral *pacta sunt servanda* contém particular importância, porque “autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos em relação aos órgãos e súditos dos outros”. Seria ela, aliás, “a norma fundamental pressuposta do direito internacional”,⁴⁷ fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico internacional. Na pirâmide kelseniana de normas internacionais, há três escalões de normas: mais no topo, no primeiro escalão, encontram-se as normas de direito internacional geral consuetudinário, fundamentadas na norma geral *pacta sunt servanda*; no segundo escalão, as normas criadas mediante autorização daquela primeira, ou seja, as normas do direito internacional pactício, e, no terceiro escalão, aquelas criadas pelos tribunais internacionais bem como por outros órgãos internacionais pacticiamente instituídos.⁴⁸

⁴³ KELSEN, op. cit., p. 356.

⁴⁴ Ibid., p. 357.

⁴⁵ Ibid., p. 358-359. À época em que Kelsen expunha sua doutrina, fato é que não havia tantos órgãos com essa função jurisdicional como se há hoje. Isso, porém, não invalida o caminho percorrido pela linha de sua argumentação.

⁴⁶ Ibid., p. 359.

⁴⁷ Ibid., p. 360.

⁴⁸ Ibid., p. 359.

Ainda, importante para se entender a concepção de Kelsen acerca do relacionamento entre ordens jurídicas é o fato de ele considerar que o direito internacional não só impõe deveres e confere direitos aos Estados como também o faz em relação aos indivíduos singulares. Veja-se o seguinte excerto:

Como todo Direito é essencialmente regulamentação da conduta humana, um dever jurídico, bem como um direito (subjetivo), não podem ter por conteúdo senão a conduta humana (ou também outros fatos, mas apenas em ligação com a conduta humana); e essa conduta não pode ser senão a conduta de homens em singular. Dizer que o Direito internacional impõe deveres e confere direitos aos Estados, significa simplesmente que não impõe deveres nem confere direitos aos indivíduos diretamente – como a ordem jurídica estadual –, mas apenas mediatamente, por intermédio da ordem jurídica estadual (de que apenas o ‘Estado’ é a expressão ‘personificadora’).⁴⁹

Ressalte-se, todavia, que a regulação mediata da conduta humana pelo direito internacional é regra que comporta exceções. Há casos, tanto no direito internacional geral consuetudinário como no direito internacional pactício, em que se impõem deveres e se atribuem direitos diretamente aos indivíduos. Falando, especificamente, dos deveres, diz Kelsen:

A imediata imposição de deveres aos indivíduos pelo Direito internacional não se opera de fato por maneira a que a uma determinada conduta destes indivíduos sejam ligadas as sanções específicas do Direito internacional: represálias e guerra. Os deveres que o Direito internacional põe diretamente a cargo dos indivíduos são constituídos através de sanções específicas do Direito estadual: penas e execuções. A estatuição e execução destas sanções pode ser deixada pelo Direito internacional a uma ordem jurídica estadual, como no caso do delito internacional da pirataria. Estas sanções, porém, também podem ser estatuídas por uma norma criada por tratado de Direito internacional e a sua aplicação no caso concreto pode ser transferida para um tribunal internacional criado por tratado, como v.g., no caso de perseguição penal de criminosos de guerra, de acordo com a Convenção de Londres de 8 de agosto de 1945.

No entanto, as normas de direito internacional são imperfeitas por carecerem de complementação. Elas determinam o que deve ser feito ou o que deve não ser feito, mas não apontam quem tem de realizar a ação ou omissão – e esta tarefa, de acordo com Kelsen, “o Direito internacional deixa à ordem jurídica de cada Estado”.⁵⁰

⁴⁹ Ibid., p. 361.

⁵⁰ Ibid., p. 361.

Feitas essas considerações, prega Kelsen a unidade do direito internacional e do direito estatal. Porém, ainda que haja uma tendência, assevera, que faz desaparecer a fronteira entre direito internacional e cada ordem jurídica singular, em virtude de uma centralização contínua do poder, com vistas à formação de um Estado mundial, ainda não se pode falar numa tal “comunidade universal de direito mundial”, mas sim, numa “unidade cognoscitiva de todo o Direito”, em que se concebe o direito internacional e as diversas ordens jurídicas estatais num “sistema unitário de normas”. Essa posição é frontalmente contrária àquela concepção tradicional dualista – pluralista, melhor dizendo – que separa, em absoluto, o direito internacional e o direito de cada Estado em dois sistemas diferentes.⁵¹ Aliás, considerando essa concepção que faz distintas as duas ordens, chega Kelsen à conclusão de que sua validade é essencialmente baseada na possibilidade de existirem conflitos insolúveis entre elas, o que deve ser rechaçado, já que “o que se considera como conflito entre normas de direito internacional e normas de Direito estadual não é de forma alguma um conflito de normas”, pois “tal situação pode ser descrita em proposições jurídicas que de modo algum se contradizem logicamente”.⁵² O mesmo ocorre com a lei inconstitucional ou a sentença ilegal, que permanecem válidas até que sejam anuladas, o que não significa haver “qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior ou a punibilidade de um órgão responsável”.⁵³

Entretanto, ressalta Kelsen que a unidade entre direito internacional e direito estatal pode constituir-se de dois modos diferentes – pelo menos do ponto de vista gnosiológico,⁵⁴ admitindo a plausibilidade da existência tanto de um monismo pelo primado da ordem jurídica estatal quanto de um monismo pelo primado da ordem jurídica internacional. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a escolha de uma ou das duas vertentes sobre a relação que se dá entre ordens jurídicas não tem qualquer influência no conteúdo do direito internacional. Quanto ao conteúdo, o direito internacional considerado como parte integrante de uma ordem jurídica estatal é idêntico ao direito internacional havido com uma ordem jurídica supra-ordenada às ordens jurídicas estaduais.⁵⁵ Se se quer considerar tanto o direito nacional como o direito internacional como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, só se pode fazê-lo abrangendo a ambos, pelo primado

⁵¹ Ibid., p. 364.

⁵² Ibid., p. 366.

⁵³ Ibid., p. 367.

⁵⁴ Ibid., p. 368.

⁵⁵ Ibid., p. 381.

da ordem nacional ou pelo primado da ordem internacional, em um “sistema descritível em proposições jurídicas não contraditórias”.⁵⁶

Conclui Kelsen que o que de fato, porém, é inevitável, é a construção monista,⁵⁷ restando identificar qual a mais adequada para a compreensão da problemática do relacionamento entre ordens jurídicas. Mas essa decisão situa-se fora da ciência jurídica. A esta cabe a função de desmascarar sofismas, retirando-lhes a aparência de demonstrações lógicas com as quais seriam, por princípio, refutáveis. Reduz esses sofismas a argumentos políticos, submetidos a contra-argumentos também de ordem política, mas não de ordem científico-jurídica. A Teoria Pura, enfim, é perante esses argumentos, “completamente indiferente”,⁵⁸ até porque essa teoria tem como característica principal a pretensão de se manter neutra em relação a influxos de natureza valorativa, como são aqueles de ordem política.

Ela [a decisão sobre qual ordem jurídica se deve dar o primado] apenas pode ser determinada por outras considerações que não as científicas – por considerações políticas. Aquele para quem a ideia de soberania do seu Estado é valiosa, porque se identifica com este na sua autoconsciência exaltada, preferirá o primado da ordem jurídica estadual ao primado da ordem jurídica internacional. Aquele, para quem a ideia de uma organização mundial é mais valiosa, preferirá o primado do Direito internacional ao primado do Direito estadual.⁵⁹

Para Kelsen, a teoria dualista implica verdadeira “autonegação”. Se para o dualismo é ideia indispensável que a validade do Direito internacional em relação a um Estado depende somente do seu reconhecimento por parte desse mesmo Estado, ele não pode ser uma ordem diferente da ordem jurídica estadual. E, assim, não poderia haver conflitos entre as ordens jurídicas, visto que ambas provêm da vontade de um mesmo Estado.⁶⁰

Quanto ao primado da ordem jurídica internacional, Kelsen, a princípio, sustentava que inexistiam conflitos entre as ordens interna e internacional, visto que uma norma inferior jamais poderia colidir com uma norma superior, pois aquela desta retira sua fonte e fundamento de validade. Assim, normas de direito internacional se sobreporiam às

⁵⁶ Ibid., p. 368.

⁵⁷ Ibid., p. 370.

⁵⁸ Ibid., p. 386.

⁵⁹ Ibid., p. 386.

⁶⁰ Ibid., p. 373.

normas de direito nacional, e estas, se contrárias àquelas, restariam inválidas. Esta é a corrente denominada de “monismo radical”.⁶¹

Entretanto, por influência de Alfred Verdross, Kelsen passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas. A norma interna não seria inválida se seu teor contrariasse uma norma internacional. Tanto o direito estatal quanto o direito internacional poderiam ser aplicados pelas autoridades do Estado, em conformidade com o ordenamento estatal. Todavia, o descumprimento das normas internacionais por parte do Estado poderia acarretar sua responsabilização internacional. Esta é a corrente denominada de “monismo moderado”. Com efeito, a unidade do sistema jurídico não é quebrada por um conflito entre direito estatal e direito internacional, assim como a unidade do direito estatal não é quebrada por um conflito entre lei e Constituição. Todavia, deve predominar o direito internacional. Por exemplo, caso haja uma lei contrária ao direito internacional, pode um Estado eventualmente prejudicado iniciar um “processo” de responsabilidade internacional. Outro exemplo, caso uma norma internacional seja contrária a uma lei interna, um Estado eventualmente prejudicado não teria o direito da hipótese anterior.⁶²

3.3 Críticas à teoria monista

Apesar da larga aceitação do monismo internacionalista, essa vertente não foi infensa a críticas. Mirtô Fraga elenca algumas delas bem como alguns argumentos para descompô-las.⁶³

Uma primeira crítica seria o fato de que a teoria não correspondia à História⁶⁴. O monismo internacionalista, ao dar primazia ao direito internacional, colocava este em anterioridade ao direito nacional, enquanto a História ensina ser o Estado anterior ao Direito Internacional. Em contraposição a esta crítica, pode-se dizer que a teoria é eminentemente lógica e não histórica: negar que o direito internacional é superior é negar sua própria existência, visto que, se os Estados são soberanos absolutos, não estariam subordinados a

⁶¹ PORTELA, p. 65.

⁶² MELLO, op. cit., p. 124. Como bem lembra Celso Mello, é possível não só encontrar críticas direcionadas, especificamente, ao monismo internacionalista como também na própria teoria pura do direito de Kelsen, que fundamenta essa construção doutrinária. Cf. MELLO, op. cit., p. 140.

⁶³ FRAGA, op. cit., p. 8-10.

qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior. O monismo é uma doutrina de hierarquia e não de anterioridade cronológica de normas. Além desse argumento, pode-se constatar que, no campo internacional, o fenômeno jurídico também ocorre como manifestação da vida social, não se podendo precisar a data para sua origem, que coincide com a formação das primeiras coletividades, que, por necessidade ou conveniência, estabeleceram relações contínuas entre si, possíveis tão somente na medida em que houvesse normas comuns às coletividades. A continuidade das relações também só se tornou possível devido à superioridade das normas sobre as normas internas de cada coletividade, sem o que a sociedade internacional seria um verdadeiro caos, onde imperaria a lei do mais forte.

Uma segunda crítica é a constatação de que a teoria não se coaduna com a soberania estatal. De fato, a noção de soberania como atributo exclusivo do Estado não se adequa ao monismo que dá primazia ao direito internacional, que, inclusive, como defende Kelsen, define o que é Estado. Em contraposição a esta crítica, os defensores da teoria voltaram-se para o conceito mesmo de soberania. A soberania, em vez de estático, é um atributo dinâmico, que se modifica em conformidade com as necessidades da sociedade internacional. Se o antigo conceito de soberania qualifica o poder do Estado como absoluto, não reconhecendo outro poder maior ou até igual no plano interno, o moderno conceito aponta para outra direção: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. Para os monistas, a soberania continua a ser um poder absoluto, mas isto não quer dizer que lhe é próprio ou até que seja ilimitado. A soberania é limitada pelos direitos individuais, pela existência de outros Estados soberanos e pela ordem internacional. Aliás, a noção de soberania não foi um atributo inerente à noção de Estado. É uma concepção surgida na Idade Média, produto das disputas internas e externas enfrentadas pelos Estados Nacionais: disputas internas com os senhores feudais que procuravam arrogar poder próprio, independente e autônomo e disputas externas com a Igreja ou com o Império Romano, que almejava colocar os Estados sob seu domínio. Na toada de Jellinek, pode-se dizer que a soberania não é a categoria absoluta, mas uma categoria histórica.

Uma terceira crítica diz que uma norma de direito interno só poderia ser revogada por um procedimento de direito interno, o que implica haver a independência entre as duas ordens.⁶⁵ Um procedimento interno de revogação só pode ser elaborado em conformidade com a ordem jurídica interna, sem a necessidade de observância da ordem jurídica

⁶⁵ Uma das críticas invocada pelos defensores do dualismo. Cf. MELLO, op. cit., p. 124-125.

internacional. Em contraposição a esta crítica, os monistas defenderam que o fato de uma norma interna só poder ser revogada por procedimento de direito interno não invalidaria de forma alguma a teoria. No contencioso internacional, não ocorre a anulação de leis desconformes com o direito internacional; na verdade, em vez da anulação, o que ocorre é a reparação, sendo o Estado violador de uma disposição internacional, ainda que mantendo sua ordem jurídica interna, seja responsabilizado.

4 O TRANSCONSTITUCIONALISMO

A ideia de que onde há princípio de organização social há, necessariamente, a formulação de regras de convívio, sem as quais não há que se falar em organização social, é encontrada no brocardo latim *ubi societas ibi jus*. Se a aplicação deste princípio serve para se ter em conta que um grupo social, por menor que seja, só subsiste se atinar para o direito, também serve para explicar a necessidade de que grupos sociais em dimensões globais só subsistirão se observarem regras básicas de convivência. A máxima latina relaciona-se, assim, com a necessidade de formulação de disposições jurídicas também internacionais. Fundamenta, outrossim, a imperiosidade de se desenvolver o direito internacional com vistas à superação de assimetrias entre as nações.

4.1 O novo perfil do Direito Internacional

O surgimento do direito internacional de bases modernas ganhou contornos próprios a partir da teorização da concepção de Estado. Desde seu início, foi um direito eminentemente interestatal e, embora com atenuações e modificações que ainda se processam, não deixou de ter este caráter.⁶⁶ Sua formulação doutrinária localizou-se sobretudo no contexto europeu para solucionar problemas específicos de “coexistência” e “mútua abstenção”⁶⁷ dos Estados, sempre atrelado à noção de que o Estado era o único sujeito de direito internacional⁶⁸, detentor exclusivo de sua soberania⁶⁹ e subordinado apenas às convenções que voluntariamente aderira sob o fundamento de princípios basilares contratuais (*pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*). O Direito Internacional tornou-se disciplina jurídica autônoma com institutos jurídicos próprios e bem peculiares.

Entretanto, desde o início do século XX, o Direito Internacional sofre importantes modificações estruturais. Quanto aos sujeitos de direito, enfrenta a necessidade de mitigar a exclusividade estatal, incorporando outros atores. Quanto à dimensão espacial, deixa de ser bidimensional (limitado a questões envolvendo terra e mar), para então ser tridimensional

⁶⁶ MELLO, op.cit., p. 54; ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op.cit., p. 89.

⁶⁷ ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op. cit., p. 104.

⁶⁸ Id., p. 253.

⁶⁹ REZEK, p. 105.

(agregando-se as dimensões do espaço aeronáutico e sideral).⁷⁰ Quanto à amplitude temática, a expansão foi constante, dada a emergência de temas referentes a questões globais (política de segurança, política ambiental, acordos comerciais etc.), em especial o movimento no sentido da “humanização do direito internacional”⁷¹, colocando o ser humano no centro das preocupações globais.

Como disciplina jurídica, adquiriu especial relevo a sua relação com o Direito Constitucional. Por um lado, surgiram tendências de internacionalização do Direito Constitucional (recepção de preceitos de Direito Internacional pelas constituições), e de constitucionalização do Direito Internacional (ligada à ideia de uma comunidade universal organizada nos moldes de um Estado).⁷² Por outro lado, com enfoque na proteção de direitos humanos, surge uma corrente defensora de um Direito Constitucional Internacional, que envolve a relação entre Constituição e Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁷³ Canotilho, fundado em Lucas Pires, faz referência à noção de “interconstitucionalidade”.⁷⁴ Enquanto isso, Mark Tushnet assevera haver uma “inevitável globalização do direito constitucional”.⁷⁵ De todo modo, percebe-se, com ênfase nas últimas décadas, que o direito internacional se aproxima de forma vertiginosa do direito constitucional.

Dentre as questões enfrentadas pela aproximação contemporânea entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, destaca-se a problemática envolvendo as relações entre diversos tipos de ordens jurídicas, mormente entre as ordens jurídicas internacionais e as ordens jurídicas estatais. A relação entre ordens jurídicas foi objeto de estudo pelos internacionalistas e constitucionalistas, mas sempre correlata aos problemas que se apresentavam à época, como aqueles de coexistência pacífica e de mútua abstenção dos Estados. Todavia, em virtude da formação de uma sociedade internacional cada vez mais interligada, sujeita aos efeitos do fenômeno da globalização técnico-científica e da globalização política, novos problemas surgiram e, com eles, a necessidade de novos estudos e soluções doutrinárias.

⁷⁰ ACCIOLY; CASELLA; SILVA, op. cit, p. 111.

⁷¹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 50.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 265 ss;

⁷⁵ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Paper* apresentado no seminário “The Changing Role of Highest Courts in an Internationalizing World”, promovido pelo *Hague Institute on International Law*, em 23-24 de outubro de 2008. Disponível em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>. Acesso em: 08 jun. 2013.

De qualquer modo, é importante destacar que as teorias clássicas, tanto a dualista quanto a monista, embora procurem conferir consistência teórica ao relacionamento entre as ordens jurídicas internas e internacionais, enfatizam, exatamente em virtude deste intento específico, as questões formais. Neste sentido, desconsideram a relevância do valor que a norma pretende proteger, especialmente aquelas que reclamam proteção de direitos humanos. Daí ganha em importância, por exemplo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O princípio da primazia da norma mais favorável à pessoa humana passa a ter destaque na solução de controvérsias envolvendo antinomias entre direito nacional e direito internacional.⁷⁶

E o Brasil, por sua vez, defronta-se cada vez mais com litígios internacionais que envolvem diretamente a temática de direitos humanos dentro da problemática do conflito entre a ordem estatal brasileira e a ordem internacional.⁷⁷

Por outro lado, com a maior integração da sociedade mundial, os problemas envolvendo direitos humanos ou fundamentais passaram a ser relevantes, de forma concomitante, para mais de uma ordem jurídica, de modo que, não raro, o mesmo problema é tratado por ordens jurídicas diferentes. E mais: há a possibilidade ainda de ser analisado por cortes diversas, que podem oferecer soluções antagônicas para o mesmo problema, gerando, muitas vezes, intrincados conflitos de jurisdições.

E é neste contexto que ganha relevância a novel corrente doutrinária do transconstitucionalismo.

Idealizada pelo brasileiro Marcelo Neves⁷⁸, vem sendo aceita como uma alternativa promissora na solução de problemas constitucionais envolvendo distintas ordens jurídicas. E, de fato, a perspectiva transconstitucional é diversa daquela do debate clássico sobre relacionamento entre as ordens jurídicas nacional e internacional. Com efeito, rompe o dilema tradicional até agora exposto entre monismo e dualismo. Não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local; não se considera como ponto de partida nem como *ultima ratio* uma única ordem jurídica ou um

⁷⁶ PORTELA, op. cit., p. 67.

⁷⁷ Confirmam-se, por exemplo, casos célebres recentes da jurisprudência, como o *Caso Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil* de 24 de novembro de 2010, tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a *ADPF 153 (Lei da Anistia)* de 29 de abril do mesmo ano, tratado pelo STF. Cf. também o julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, sobre a prisão civil do depositário infiel, onde se analisou a colisão do art. 7º, nº 7 da Convenção Americana de direitos Humanos e o art. 5º, inciso LXVII da Constituição brasileira.

⁷⁸ Conferir sua obra que instaurou o debate no Brasil: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1 ed. São Paulo: WMF, 2009.

determinado tipo de ordem jurídica; rejeita, aliás, tanto o estatualismo quanto o internacionalismo⁷⁹ como pontos de vista que detenham primazia na análise de problemas jurídico-constitucionais.

Transconstitucionalismo, nas palavras de Marcelo Neves, é “um constitucionalismo relativo a (soluções) de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”⁸⁰. Quando problemas jurídico-constitucionais podem se apresentar diante de ordens jurídicas diferentes, reclamando-lhes solução, trata-se de um problema transconstitucional, que “poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”.⁸¹

4.2. Delimitação conceitual do termo Constituição

Para se falar em transconstitucionalismo, é preciso, antes, identificar a noção adequada do termo Constituição. Assevera Neves ser “fundamental a precisa localização histórica e a rigorosa delimitação semântica do contorno conceitual de ‘Constituição’ e ‘constitucionalismo’”.⁸² E isto porque passou o termo Constituição a ser usado de forma inflacionária, de modo que seu significado tornou-se bastante vago. Em diversas áreas, faz-se referência ao termo Constituição sem um comum acordo do que seja propriamente uma Constituição. Fala-se em Constituição europeia, Constituição da comunidade internacional, constituições civis da sociedade mundial etc. A necessidade de uma clara definição do que seja Constituição evita, portanto, que um discurso vago oblitere diferenças importantes⁸³ e acabe por se utilizar de ambiguidades que dificultam a correta compreensão.

E Constituição não é aquilo que, pelo menos para Neves, passa a existir quando surge um princípio de organização social, “uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea”.⁸⁴ Não se trata do conceito histórico-universal de Constituição que

⁷⁹ Ibid., p. XXV.

⁸⁰ Ibid., p. 129.

⁸¹ Ibid., p. XXII.

⁸² Ibid., p. 6.

⁸³ Ibid., p. XX.

⁸⁴ Ibid., p. XX. É o conceito material de Constituição a que se refere Marcelo Neves. Por sinal, Paulo Bonavides trabalhe com a distinção entre o conceito material e o conceito formal de Constituição. O conceito material compreende o “conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime

equivale a dizer que não há Estado sem Constituição.⁸⁵ Rechaça também o conceito decisionista de Carl Schmitt, que subordina por inteiro o direito à política, especialmente porque as leis constitucionais (conceito relativo de Constituição de acordo com Schmitt) tem uma posição subalterna em relação à decisão política fundamental. Na sua perspectiva, Neves aponta que o conceito de Constituição de Schmitt só se aplicaria a Estados em que “não houvesse a diferenciação funcional entre direito e política, sendo aquele um epifenômeno em relação a esta”.⁸⁶

Constituição tem um significado preciso, uma “sólida noção” que surge só com a sociedade moderna para responder a alguns problemas fundamentais.

Partindo da sólida noção de que a Constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica, procurarei determinar quais problemas se apresentaram como condição de possibilidade histórica do surgimento do Estado constitucional. Fixados os problemas, cabe indagar qual foi a resposta funcional e normativa que se pretendeu consubstanciar nas constituições do Estado moderno. É exatamente essa relação entre problema e solução de problema que vai viabilizar a fixação do conceito de Constituição do constitucionalismo.⁸⁷

O conceito de Constituição a que se reporta Marcelo Neves relaciona-se, originariamente, com o “constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII”. Em termos da teoria dos sistemas, desenvolvida especialmente por Luhmann, diz Neves que o “constitucionalismo apresenta-se como *semântica* político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade”. A semântica constitucionalista surgiu, assim, na sociedade burguesa, sobretudo da Inglaterra e da França, mas a afirmação de Constituição apresentou-se, primeiramente, na América do

o *aspecto material* da Constituição”. Lançando mão do conceito de Lassalle, diz Bonavides que, pelo conceito material, “não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja.”. Uma Constituição em sentido material ou real todos os países, em todos os tempos, a possuíram. O conceito formal, fazendo uso agora da lição de Kelsen, exsurge “quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma”. Do conceito formal, decorre a distinção entre lei ordinária e lei constitucional. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 84.

⁸⁵ Ibid., p. 54.

⁸⁶ Ibid. p. 55-56.

⁸⁷ Ibid., p. XX-XI.

Norte em 1776 com a Declaração de Independência dos EUA e, em seguida, em 1789, na França revolucionária, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁸⁸

Por outro lado, a Constituição em sentido moderno surge para responder a alguns problemas fundamentais. São especificamente dois. O primeiro problema refere-se à emergência das exigências de direitos fundamentais ou humanos numa sociedade cada vez mais complexa e heterogênea. O segundo problema, associado ao primeiro, é a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder, inclusive, mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo nos de determinação da composição de órgão de governo, também relacionada com a crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal.⁸⁹

Portanto, o período histórico das revoluções liberais do final do século XVIII coincide com o surgimento da noção de Constituição, esta, por sua vez, que aparece em face do enfrentamento de dois problemas fundamentais: questões envolvendo direitos humanos ou fundamentais e questões envolvendo organização e limitação do poder.

4.3 Racionalidade transversal

Marcelo Neves é adepto da teoria dos sistemas aplicada à sociologia, tendo sido, inclusive, orientando de seu maior representante, Niklas Luhmann. Isso, porém, não significa que aceita a teoria como perfeita. Costuma fazer-lhe críticas e trazer-lhe contribuições próprias. Foi o caso da sua obra *Constitucionalização Simbólica*⁹⁰, em que introduziu o conceito de alopoiese do direito, fenômeno que “implica o questionamento da noção de direito como sistema autopoietico da sociedade moderna (supercomplexa)”,⁹¹ noção essa cara à construção teórica de Luhmann.⁹²

⁸⁸ Ibid., p. 54.

⁸⁹ Ibid. p. XI.

⁹⁰ Cf. a obra NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF, 2011.

⁹¹ Ibid., p. 2.

⁹² O direito positivo moderno, para Niklas Luhmann, é um subsistema autopoietico, isto é, que se reproduz autopoieticamente mediante um processo comunicativo. Os sistemas autopoieticos se pressupõem e se reproduzem a si mesmos. Eles constituem seus componentes pelo arranjo de seus componentes, e esse fechamento “autopoietico” é sua unidade. Este modo de existência implica auto-organização e autorregulação, mas isso é realizado não só no nível de estrutura como também, e acima de tudo, no nível dos elementos do

Na sua obra *Transconstitucionalismo*, também faz uma crítica a um conceito importante para a construção teórica de Luhmann seguida de uma proposta: da noção de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna, propõe o conceito de racionalidade transversal, que implica um aprendizado recíproco entre esferas da sociedade.⁹³

Luhmann, tendo por base a teoria dos sistemas aplicada à biologia desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela,⁹⁴ desenvolveu o conceito sociológico de acoplamento estrutural de suma importância para o entendimento do que seja Constituição. Marcelo Neves resume o conceito:

Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, se quem nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.⁹⁵

É possível elencar alguns exemplos de acoplamento estrutural. A linguagem é um. Surge na relação externa entre sociedade e consciência, “permitindo a instigação e a influência recíproca entre comunicação e representações mentais, excluindo mútua e seletivamente alguns fluxos de sentido e admitindo a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados”. Em outras palavras, a linguagem possibilita “que os conteúdos das comunicações, que são unidades elementares formadas pela síntese de mensagem, informação e compreensão sejam percebidos no interior da consciência”.⁹⁶

É possível encontrar outros exemplos de acoplamento estrutural, que vinculam estavelmente processos sociais de sistemas autônomos. Na relação entre economia e direito, a propriedade e o contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e o jurídico. Na relação entre sistemas econômico e político, apresenta-se sobretudo o regime fiscal de despesas e receitas como acoplamento estrutural. Na relação

sistema. Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138-139.

⁹³ NEVES, 2009, p. XXIII.

⁹⁴ Cf. MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

⁹⁵ NEVES, 2009, p. 35.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 35.

entre política e ciência, a assessoria dos expertos. Na relação entre economia e educação, os diplomas e certificados. Na relação entre economia e arte, as galerias de arte. Na relação entre medicina e economia, os atestados médicos. Na relação entre política e meios de comunicação de massa, a opinião pública. A Constituição é, para Luhmann, também um acoplamento estrutural, que se dá, por sua vez, entre política e direito.⁹⁷

Marcelo Neves aceita a noção de acoplamento estrutural, mas faz-lhe um complemento. Recorrendo ao conceito de razão transversal proposto por Wolfgang Welsch, reconstrói essa noção à luz de outros pressupostos teóricos⁹⁸, até elaborar o conceito de racionalidade transversal, que “podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto”. Assim, “cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma ‘ponte de transição’ específica entre elas”.⁹⁹

Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais. No âmbito da teoria luhmanniana, as interpenetrações possibilitam apenas que cada sistema ponha reciprocamente à disposição da autoconstrução do outro complexidade desordenada, ou seja, o sistema receptor tem à sua disposição ‘complexidade inapreensível, portanto, desordem’. Fica excluída a possibilidade de que, reciprocamente, a ‘complexidade preordenada’ e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor. É isso que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial.¹⁰⁰

Os conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural são afins; este é pressuposto daquele, sendo que: “A noção de racionalidade transversal importa um *plus* em relação à de acoplamento estrutural.”¹⁰¹ Com efeito, a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial é possível. São mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que varia na forma e no conteúdo conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas envolvidos.¹⁰²

⁹⁷ Ibid., p. 37.

⁹⁸ Ibid., p. 38.

⁹⁹ Ibid., p. 42.

¹⁰⁰ Ibid., p. 38.

¹⁰¹ Ibid., p. 38.

¹⁰² Ibid., p. 38.

4.3.1 Constituição transversal

O conceito de racionalidade transversal, por ser complementar ao de acoplamento estrutural, também aplica-se à noção de Constituição. É possível entender a Constituição não só como acoplamento estrutural entre os sistemas direito e política, mas também como uma Constituição transversal, em que as racionalidades parciais de cada sistema comunicam-se numa racionalidade transversal – ou ponte de transição.

Ultrapassando-se o puro conceito de acoplamento estrutural, pode-se compreender a Constituição do Estado constitucional não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação [acoplamento estrutural], mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica.¹⁰³

As racionalidades particulares são vinculadas transversalmente mediante a Constituição. Como isso ocorre? De forma resumida, explica-se esse fenômeno da seguinte forma: em primeiro lugar, deve-se perguntar o que são as racionalidades parciais ou particulares. Por um lado, a racionalidade específica do direito é a justiça, que implica, em relação ao sistema jurídico, sua “consistência jurídica” no plano da autorreferência (fechamento normativo) e a “adequação” (abertura cognitiva)¹⁰⁴. A justiça constitucional, ademais, depende do princípio da igualdade.¹⁰⁵ Por outro lado, a racionalidade específica da política é a democracia, que, por sua vez, implica, em relação ao sistema político, “consistência política” no plano da autorreferência e “adequação social” no plano da heterorreferência. Em segundo lugar, deve-se perguntar como se vinculam as racionalidades particulares dos respectivos sistemas mediante a Constituição transversal. Para facilitar o entendimento, pode-se elaborar a questão de outra forma: como se relacionam construtivamente o princípio da igualdade e a democracia no plano constitucional?¹⁰⁶

Por um lado, deve-se compreender que a Constituição do Estado moderno impõe a relevância do princípio da igualdade para a democracia. “A igualdade primariamente

¹⁰³ Ibid., p. 62.

¹⁰⁴ Ibid., p. 63.

¹⁰⁵ Ibid., p. 66.

¹⁰⁶ Ibid., p. 73.

jurídica incorpora-se ao sistema democrático mediante as comunicações procedimentais estabelecidas na Constituição como ‘ponte de transição’”. Dito de outra forma, a democracia perde sentido se os cidadãos não possuem direitos políticos iguais. A racionalidade política da democracia deixa de existir se não há voto igual, independente da posição social do eleitor.¹⁰⁷ Por outro lado, a garantia da concretização normativa do princípio jurídico-constitucional da igualdade é dependente dos procedimentos democráticos (legislação, eleição e participação direta – plebiscito e referendo) e da diferença entre política e administração no plano do sistema político. Quanto aos procedimentos democráticos, a maioria democrática eventual não pode suspender ou destruir o princípio constitucional da isonomia, pois pode vir a destruir a própria justiça como racionalidade parcial do sistema jurídico. Quanto à diferença entre política e administração, isso possibilita que seja aplicado na burocracia estatal o princípio da igualdade. Os agentes da Administração devem ter condições de aplicar a lei igualmente, independentemente dos interesses daqueles que possuem maior poder ou influência política.¹⁰⁸

Portanto, assim se conceitua a Constituição moderna como “ponte de transição” institucional entre os sistemas político e jurídico, em que se erige uma racionalidade transversal, por meio da qual há um convívio entre os dois sistemas sociais, política e direito, sem que um bloqueie ou destrua o outro; pelo contrário, há um aprendizado e um intercâmbio recíproco de experiências que promovem a preservação de cada sistema.

A Constituição estatal moderna surge como uma ‘ponte de transição’ institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade.¹⁰⁹

A racionalidade transversal, complemento ao conceito de acoplamento estrutural, aplica-se à relação entre sistemas diversos acoplados, mas, especialmente, à Constituição como acoplamento estrutural. Além disso, da necessidade de solução de problemas (trans)constitucionais por mais de uma ordem jurídica, Marcelo Neves aplica a noção de racionalidade transversal também à relação construída entre duas ou mais ordens jurídicas que lidam com os mesmos problemas jurídico-constitucionais. É o caso do transconstitucionalismo.

¹⁰⁷ Ibid., p. 74.

¹⁰⁸ Ibid., p. 75.

¹⁰⁹ Ibid., p. 76.

4.4 Transconstitucionalismo

Transconstitucionalismo, nas palavras de Marcelo Neves, é “um constitucionalismo relativo a (soluções) de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”¹¹⁰. Os problemas jurídico-constitucionais são aqueles que envolvem direitos humanos ou fundamentais bem como o controle e limitação do poder. Quando esses problemas apresentam-se diante de ordens jurídicas diferentes, reclamando-lhes solução, trata-se de um problema transconstitucional, que “poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”.¹¹¹

Uma constatação que se faz necessária é que, nas últimas décadas, em decorrência da maior integração da sociedade mundial, os problemas transconstitucionais passaram a ser insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito de seu território. Na verdade, os problemas constitucionais, relacionados a direitos humanos e organização do poder, passaram a adquirir importância para mais de uma ordem jurídica as que são instadas a oferecer-lhes soluções.

O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução de problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.¹¹²

Como dito, para tratar do conceito de transconstitucionalismo, Neves aplica a noção de racionalidade transversal. Passa a considerar “os limites e possibilidades do desenvolvimento de racionalidade transversal no interior do sistema jurídico e no plano específico do direito constitucional” a fim de identificar em que medida ordens jurídicas diversas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais de uma maneira “transversalmente racional”, isto é, sem que a atuação de uma ordem jurídica ocorra de forma

¹¹⁰ Ibid., p. 129.

¹¹¹ Ibid., p. XXII.

¹¹² Ibid., p. XXI.

a bloquear ou destruir outras ordens jurídicas.¹¹³ Diferentemente do conceito de Constituição transversal, que se refere especificamente ao entrelaçamento entre direito e política como dois sistemas funcionais que se relacionam mediante um aprendizado recíproco e intercâmbio criativo,¹¹⁴ quando se trata de constitucionalismo, “o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas”.¹¹⁵

Entretanto, as relações entre ordens jurídicas diversas não é algo novo como se demonstrou nos capítulos antecedentes. Quanto ao direito internacional clássico, sua relação com o direito estatal existe há muito. A incorporação de normas internacionais no direito interno realiza-se, normalmente, mediante o instituto da ratificação assim como a reprodução da ordem jurídica internacional depende da presença de representantes estatais legitimados por essa própria ordem. Quanto ao direito internacional privado, mecanismos de *re-entry* também foram desenvolvidos entre ordens jurídicas estatais.

O que é peculiar e novo nas relações entre ordens jurídicas “é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal.” Novas formas de relacionamento tanto formais quanto informais exsurtem entre atores governamentais como também entre atores não governamentais. E essa situação torna-se cada vez mais comum no âmbito do direito, mas com especial relevância quando se percebe que “em grande parte, as ‘pontes de transição’ entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja os seus juízes e tribunais”. Não só a sociedade mundial é multicêntrica; o sistema jurídico também o é. Isso ocorre de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de outra ordem jurídica constitui uma periferia.¹¹⁶

Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa. E a esse respeito, podemos partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica.¹¹⁷

¹¹³ Ibid., p. XXIV.

¹¹⁴ Ibid., p. 115.

¹¹⁵ Ibid., p. 116.

¹¹⁶ Ibid., p. 116-117.

¹¹⁷ Ibid., p. 117.

Assim, é possível falar-se em “conversação” ou “diálogo” entre cortes – ou, com mais rigor, “comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas”. E esse relacionamento entre cortes desenvolve-se em diversos níveis. Por exemplo, pode ocorrer entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (um tribunal internacional) e as cortes nacionais; entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (um tribunal supranacional) e os tribunais dos Estados-membros etc. Mas essa “conversação” não implica uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas. Na verdade, toda “conversação” entre cortes diversas “carrega em si um potencial de disputa”. Há com frequência conflitos entre perspectivas judiciais diversas; o problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens.¹¹⁸

O peculiar do transconstitucionalismo não é a existência de entrelaçamentos entre ordens jurídicas – isso se chama transnacionalismo jurídico, mas sim o fato de que as ordens relacionam-se entre si “no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia”¹¹⁹. Trata-se, na verdade, de uma conversação constitucional, mais bem explicada no seguinte excerto:

Não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptoras. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’.¹²⁰

O transconstitucionalismo faz emergir, por um lado, uma fertilização constitucional cruzada, um conceito de Slaughter, para quem as cortes constitucionais “citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”; em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas. Além disso, há o surgimento de uma *comitas* judicial, outro conceito de Slaughter, que permite um diálogo global entre juízes em casos específicos, o julgamento de juízes por outros juízes e a negociação judicial. Em relação a esses fenômenos, avulta a dimensão constitucional quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido mais amplo, isto é, “tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-constitucionais”,¹²¹ que são os problemas

¹¹⁸ Ibid., p. 117-118.

¹¹⁹ Ibid., p. 118.

¹²⁰ Ibid., p. 118.

¹²¹ Ibid., p. 119.

relacionados com questões referentes a direitos e garantias fundamentais do indivíduo e organização, limitação e controle do poder estatal. Para se compreender de forma correta a problemática transconstitucional, é importante fixar que ela se volta para os problemas constitucionais envolvidos em duas ou mais ordens jurídicas e não para uma outra ordem envolvida com o problema constitucional.

Afirmada essa emergência dos problemas constitucionais perante ordens jurídicas as mais diversas, reaparecendo a cada momento em forma de hidra, não há mais uma Constituição-Hércules que possa solucioná-los. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrenta-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um ‘diálogo’ ou uma ‘conversação’ transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.¹²²

Transconstitucionalismo, enfim, não faz referência ao uso inflacionário do termo Constituição como existente em praticamente toda nova ordem jurídica que surge com pretensão de autonomia; não interessa, num primeiro momento, saber em que ordem se encontra uma Constituição nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. Fundamental, na verdade, “é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.”¹²³ Voltar-se para o problema em busca de respostas adequadas é o que parece ser auspicioso na perspectiva do transconstitucionalismo.

4.5 Análise da prisão civil do depositário infiel sob o prisma do transconstitucionalismo

Um dos casos elencados por Marcelo Neves como exemplo de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal refere-se à colisão que ocorria entre o art. 7º, nº 7¹²⁴, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o art. 5º,

¹²² Ibid., p. 121-122.

¹²³ Ibid., p. 121.

¹²⁴ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal;[...] nº 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

inciso LXVII¹²⁵, da Constituição brasileira. Por um lado, o dispositivo constitucional permite a prisão civil do depositário infiel; por outro lado, o dispositivo da Convenção a proíbe. O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no dia 3 de dezembro de 2008, sobre a colisão entre a Constituição brasileira e a Convenção no julgamento em conjunto do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO.

A decisão, por maioria de votos, foi no sentido de que os tratados e convenções que disponham sobre direitos humanos, se não aprovados conforme o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal - que se assemelha ao procedimento de aprovação de uma emenda constitucional -, teriam uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, isto é, seriam normas hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, mas, ainda assim, seriam inferiores às normas constitucionais.

O caso delineou-se em torno de duas posições. Uma corrente defendia que o preceito da Convenção Americana de Direitos Humanos teria validade interna e imediata no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude, principalmente, do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Esse foi o posicionamento divergente conduzido pelo ministro Celso Mello. Outra corrente, porém, formou-se no sentido de que era possível manter o preceito da Convenção válido se fosse considerada a hierarquia infraconstitucional e supralegal da Convenção, conforme a seguinte linha de raciocínio: a Constituição tão somente admitiu a possibilidade da prisão do depositário infiel, de modo que o direito infraconstitucional poderia definir sobre a proibição ou a permissão da prisão. Dessa forma, a Convenção, de hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, teria primazia sobre a legislação ordinária, inclusive sobre o Código Civil. Esse foi o posicionamento conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria. Ao final, foi proposta a elaboração de uma súmula vinculante adotada por unanimidade¹²⁶.

Havia ainda a possibilidade de manutenção do entendimento jurisprudencial até então vigente no Supremo Tribunal Federal, que era a de que os atos internacionais teriam a mesma hierarquia de uma lei ordinária. Essa orientação da Corte tinha como base o RE 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977 e foi mantida até o julgamento da colisão entre a

¹²⁵ Art. 5º [...]LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

¹²⁶ Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Interessante notar que, nessa súmula, foi utilizado o termo ilícito, exatamente para denotar que não é inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, pois a própria Constituição admite a prisão; na verdade, de acordo com a corrente conduzida pelo Ministro Gilmar Mendes, a prisão é ilícita conforme a opção feita pela legislação infraconstitucional onde se encontra a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre a prisão do depositário infiel. Interessante é que o entendimento dos ministros foi fundamentado ora na teoria dualista de Triepel e Anzilotti, ora na teoria monista de Kelsen e Verdross, ora numa mistura um tanto distorcida das duas teorias.¹²⁷

Caso essa orientação tradicional fosse mantida, poderia surgir um conflito insuperável entre a corte constitucional brasileira, responsável pela guarda da Constituição, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável, por sua vez, pela Convenção. Nessa hipótese, como o Código Civil brasileiro só entrou em 2002, após a ratificação da Convenção, que ocorreu em 1992, prevaleceria a solução da antinomia pela máxima *lex posterior derogat priori*, até então adotada pelo STF.

Entretanto, os ministros não encamparam essa posição e abandonaram o entendimento jurisprudencial até então adotado pela corte, vencendo a corrente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Como assevera Neves:

Mantida essa posição, o STF estaria rompendo um diálogo constitucional com a CIDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No entanto, na discussão que se travou, parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas.¹²⁸

O deslinde da questão preservou, assim, a ordem jurídica internacional, estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a ordem jurídica interna, sem que a atuação da corte constitucional brasileira implicasse um bloqueio da jurisdição da corte internacional. A resposta encontrada pela corte brasileira foi satisfatória e respondeu a um problema transconstitucional que envolvia tanto uma ordem interna quanto uma ordem internacional, ambas regulando a mesma matéria concernente a um direito fundamental.

¹²⁷ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. A teoria de Triepel e o recurso extraordinário 80.004. **Revista Ius Gentium**, Porto Alegre, 2009, 2(1): p. 108-112.

¹²⁸ NEVES, op.cit., p.146.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, a intensificação das relações entre os países e a complexificação crescente da sociedade vem acarretando o surgimento de questões de nível global, cujo tratamento toma proporções também de nível global. O fenômeno da globalização ganha força em suas mais diversas dimensões: na dimensão econômica, a formulação de uma ordem econômica mundial integrada e interligada é tida como inevitável; na dimensão política, a necessidade de lidar com temas globais faz crescer a exigência dos países por maior participação nas decisões de cunho internacional; na dimensão cultural, o desenvolvimento da tecnologia da informação, permitindo a comunicação instantânea entre os dois polos do planeta Terra, propicia a formação de relações sociais além das fronteiras territoriais, e, na dimensão jurídica, muito em virtude do vertiginoso desenvolvimento das outras dimensões, cresce a necessidade de se regularem as condutas dos atores internacionais, dentre os quais, além do Estado como clássico e único sujeito de direito, as organizações internacionais, as empresas e até os indivíduos, que vêm ganhando espaço na cena jurídica e aumentando suas possibilidades de atuação na esfera internacional como também sujeitos de direito.

Na dimensão especificamente jurídica da globalização, o debate sobre o relacionamento entre ordens jurídicas, mormente aquele que se dá entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas internacionais, também atravessa um período em que emerge uma problemática intrigante. Questões de caráter global, como direitos humanos, política de segurança nacional e internacional, política ambiental, segurança de informações, manuseio de substâncias nucleares para fins energéticos e para fins bélicos etc. exigem, cada vez mais, a atuação dos atores internacionais rumo ao estabelecimento de uma ordem jurídica internacional que garanta um mínimo de estabilidade nas relações internacionais bem como a adaptação da ordem jurídica estatal aos desdobramentos das relações sociais domésticas com matizes internacionais.

Com efeito, há uma aproximação entre direito internacional e o direito interno, principalmente na sua dimensão constitucional. Problemas envolvendo direitos fundamentais ou a organização do poder estatal adquirem especial relevo na ordem internacional. E as teorias que pretendiam solucionar as questões de relacionamento entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais mostram-se insuficientes, especialmente quando dão por satisfatórias soluções de mero caráter formal. Dualismo e monismo, bem como suas vertentes,

parecem encaixar nesse perfil. A solução de antinomias jurídicas, quando do ponto de vista nacional, pode ser satisfatória para a ordem jurídica estatal, mas pode desconsiderar a necessidade de preservação da ordem internacional; quando do ponto de vista internacional, pode ser adequada às exigências internacionais, mas deletéria à ordem estatal.

Em contrapartida, algumas teorias vêm sendo elaboradas, atentas especificamente à necessidade de se resolverem os problemas jurídico-constitucionais de relevo internacional que despontam em face das novas questões globais. É o caso do transconstitucionalismo, que se volta precisamente para o tratamento de problemas constitucionais que atravessam as fronteiras de um Estado. O método transconstitucional tem a pretensão de ser mais adequado que os métodos hierárquico-formais, internacionalistas ou nacionalistas, sem olvidar, porém, que a maioria dos problemas constitucionais ainda só se resolvem dentro do Estado. Por isso, há, de certa forma, a preservação da dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica, a qual constitui ainda uma dimensão importante no sistema jurídico da sociedade mundial. Ainda assim, é necessário desenvolver uma teoria bem como uma dogmática do direito atentas aos problemas transconstitucionais. E, para isso, “serão precisos novos aportes metodológicos, a serem desenvolvidos em face de uma casuística complexa.”¹²⁹ o que constitui o grande desafio do transconstitucionalismo para os juristas, especialmente os constitucionalistas.¹³⁰

¹²⁹ Ibid., p. 131.

¹³⁰ Ibid., p. 132.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G.E. do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 19 ed. de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF, 2009.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. 2 ed. Trad. Humberto Mariotti; Lia Diskn. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 2 v em 1.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: WMF, 2011.

_____. **Transconstitucionalismo**. 1 ed. São Paulo: WMF, 2009.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. A teoria de Triepel e o recurso extraordinário 80.004. **Revista Ius Gentium**, Porto Alegre, 2009, 2(1): p. 97-114.

OPPENHEIM, Lassa Francisc Lawrence. **International law: a treatise**. Nova York: Longman, Green and Co., 1905.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 4. ed. rev. amp. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais, in: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, 1967, n. 44-45, p. 29-64.

REZEK, Francisco José. **Curso de direito internacional público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Paper* apresentado no seminário “The Changing Role of Highest Courts in an Internationalizing World”, promovido pelo *Hague Institute on International Law*, em 23-24 de outubro de 2008. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>. Acesso em: 08 jun. 2013

VERDROSS, Alfred. **Le Fondement du Droit International**, RDC, t. 16, n. 1, 1927. Tradução disponível em: < <http://olibat.com.br/documentos/Afred%20Verdross.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.