

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO BRASIL

CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN BRASIL

*Raphael Carvalho de Vasconcelos**

Resumo: *O direito internacional privado sempre enfrentou questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano. O presente estudo parte de premissas relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para introduzir o debate acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Pretende-se analisar, ainda, a relação entre a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e o direito internacional privado e propor, por fim, uma compreensão particular dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.*

Resumen: *El derecho internacional privado siempre trató de temas hoy posicionados en el estudio de la protección del ser humano. La presente investigación parte de premisas relacionadas con la protección del ser humano en las esferas interna e internacional para introducir la discusión acerca del derecho internacional privado bajo las perspectivas constitucionalistas de la actualidad. Se pretende también analizar la relación entre la evolución de los derechos fundamentales en las constituciones brasileñas y el derecho internacional privado y proponer, por fin, una comprensión particular de los efectos de la constitucionalización del derecho privado en el derecho internacional privado en Brasil.*

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Constituição, Constitucionalização, Direito internacional privado

Palabras clave: Derechos humanos, Derechos fundamentales, Constitución, Constitucionalización, Derecho internacional privado

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento da proteção do homem pelo direito não

*Mestre e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Advogado. rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

constitui fenômeno recente. Tampouco poderia ser relacionado exclusivamente ao constitucionalismo do pós-guerra ou a instrumentos declaratórios internacionais - como a declaração universal dos direitos humanos. O direito internacional privado, por exemplo, ao regulamentar em sua gênese a situação do estrangeiro, já enfrentava questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano.

Teria o direito internacional privado sempre, sob o argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratado de temas relacionados a garantias individuais? A hermenêutica constitucional não apenas impactaria a técnica, mas também sempre haverá tido nela campo bastante fértil para se desenvolver?

Com base no método dedutivo-indutivo de pesquisa, são apresentadas, na primeira parte do estudo, questões relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para que seja possível introduzir, em seguida, as primeiras considerações acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Na parte seguinte, pretende-se analisar a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e sua relação com o direito internacional privado para que se possa apresentar, finalmente, uma proposta de compreensão dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

As controvérsias relacionadas ao reconhecimento e à proteção de direitos inerentes ao ser humano, muito além das questões substanciais, têm lugar nas dificuldades causadas pelas inúmeras nomenclaturas utilizadas para indicá-los¹. Direitos humanos, direitos da pessoa humana, garantias individuais e direitos fundamentais são apenas alguns termos adotados para denominar – algumas vezes com variações de conteúdo – o núcleo de direitos vinculados à essência dos indivíduos.

Passo importante na compreensão da evolução e da consagração das mencionadas garantias se dá na observação da maneira como os ordenamentos jurídicos locais, ao estabelecerem direitos fundamentais inegociáveis, dialogam com a doutrina da proteção internacional do ser humano². Mencionada análise pressupõe, contudo, a preliminar caracterização da forma como ocorreu o reconhecimento dos direitos dos indivíduos e, mais diretamente, o estudo do papel da positivação nesse processo.

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.

2 Nomenclatura utilizada aqui em referência aos direitos humanos protegidos no plano interno dos países consoante, por exemplo, CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, n° 4, p. 760, mas utilizada também com outra acepção, como veremos abaixo. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996. p. 253.

A incorporação de preceitos jurídicos a textos legais, uma das características basilares de grande parte do modelo jurídico ocidental moderno, segue desempenhando função determinante principalmente em países de *civil law* como o Brasil, os quais possuem ordenamentos jurídicos construídos sobre rígidas estruturas de validade das regras³.

No caso dos direitos humanos, a positivação teve lugar inicialmente na incorporação de garantias às declarações de direito modernas e às constituições dos estados-nacionais que se seguiram⁴. Desse processo histórico é de se extrair, na verdade, que a codificação acabou exercendo importante papel na evolução do reconhecimento de direitos e que sua inserção no texto dos diplomas legais internos transformou o positivismo em relevante instrumento da consolidação da doutrina da proteção do homem⁵.

Os movimentos de constitucionalização se destacaram dentre os aspectos fundantes dessas conquistas e as garantias inicialmente declaradas em documentos sem força vinculante não foram, em sua grande maioria, positivadas internamente em meros textos legais, mas acabaram sendo introduzidas no corpo das constituições que então surgiram⁶.

Nas estruturas eminentemente hierárquicas da técnica jurídica moderna – modelo ainda predominante atualmente – as garantias individuais estabeleceram-se de forma gradual no topo das pirâmides normativas dos ordenamentos jurídicos e, mediante paulatino desenvolvimento das técnicas interpretativas, acabaram adquirindo força cogente e passaram, via de regra, a vincular, como no caso brasileiro, todo o sistema legal abaixo delas⁷.

Nesse panorama, resta claro que o fenômeno da positivação de direitos individuais relacionado à chamada constitucionalização e, conseqüentemente, ao rol inegociável de preceitos protetivos contido no texto das constituições nacionais – comumente denominados direitos fundamentais – contribuiu à consagração da proteção interna, local, dos direitos humanos⁸.

Há que se advertir, entretanto, que a constitucionalização, entendida aqui não apenas como a designação de direitos que estariam no

3 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional – liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 523.

4 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 481.

5 ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. 1999, nº 217, p. 60-61. e BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III, p. 10-11.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 171.

7 BARROSO, Luís Roberto. “A reconstrução democrática do direito público no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (ed.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

8 HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 32. y COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57-58.

ápice normativo de um ordenamento jurídico, mas como instituidora de normas – regras e princípios – que possuem materialidade informadora do todo jurídico e estabelecem padrão hermenêutico impositivo ao sistema legal a elas submetido, ainda que vinculada logicamente a determinados eventos modernos, sistematiza o reconhecimento de direitos que muito antes desse momento histórico se apresentavam como superiores, conformadores de uma categoria especial de preceitos⁹.

Existe um grupo de direitos fundamentais – o qual integram o direito à vida, à liberdade de ir e vir e de consciência – que tende a ser considerado hoje como essencial para que se reconheça o respeito aos direitos humanos e, portanto, ao direito internacional. Tais direitos possuem, entretanto, conteúdo aberto e são passíveis de dotações de conteúdos distintos nos diversos ordenamentos específicos¹⁰. A regra, assim, é que eles devem ser reconhecidos em um sistema legal local, mas seu conteúdo mínimo exigível, por exemplo, constitui um das questões mais sensíveis do direito na atualidade.

No Brasil, a definitiva consolidação dos direitos humanos no plano interno ocorreu com a promulgação da constituição federal de 1988, a qual possui como núcleo central os chamados direitos fundamentais expressos principalmente no arcabouço principiológico contido em seus primeiros artigos e especialmente no corpo de seu extenso artigo quinto¹¹.

Da leitura da carta de direitos brasileira percebe-se nítida opção do legislador originário pela textura aberta da terminologia empregada na redação desses princípios fundamentais, os quais, muitas vezes, estabelecem garantias que necessitam de atividade legislativa ordinária ou de forte trabalho hermenêutico efetuado no caso concreto para a aquisição da devida eficácia. A amplitude conceitual dos direitos fundamentais constitui hoje, de fato, uma de suas maiores características e exatamente valendo-se de toda essa plasticidade surge a adaptabilidade funcionalizadora de seu papel hermenêutico¹².

A constituição desempenha atualmente inegável função de guardiã dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, mas a extensão das garantias individuais ultrapassa, contudo, o catálogo estabelecido em seu texto e abrange, por exemplo, preceitos inseridos no corpo de

9 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 71 e ss. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378. y MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

10 HAMBURGER, Ernest. “Droits de l’homme et relations internationales”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1957 II, tome 97, p. 300-301.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74.

12 A utilização do termo “plástica” aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU FILHO, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. 2004, n° 4, p. 73.

tratados sobre a proteção do ser humano¹³.

Outra importante ressalva quanto ao conteúdo dos dispositivos da constituição brasileira diz respeito à existência em seu corpo não apenas de elementos principiológicos consagradores de direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos humanos – o qual não se restringe à parte expressamente indicada como fundamental – compartilha espaço com preceitos de nenhuma carga axiológica no texto da lei maior de 1988 em uma distribuição topográfica nem sempre coerente que mescla muitas vezes no mesmo artigo genuínas normas e meras leis constitucionais¹⁴.

A proximidade dos legisladores originários pode ser, de certo, apontada como uma externalidade do positivismo repercutida no tamanho dos textos constitucionais, os quais acabam se tornando, como a carta federal nacional, documentos extremamente longos. Não por esse motivo, entretanto, a importância dos direitos humanos – direitos fundamentais – ali consagrados pode ser depreciada ou diminuída¹⁵.

Conforme ressaltado anteriormente, o reconhecimento da proteção do homem pelo direito não pode ser tratado como recente e reduzido exclusivamente ao constitucionalismo do pós-guerra ou à declaração universal dos direitos humanos¹⁶. O direito internacional privado desde sempre enfrentou questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano. Não se trata, portanto, de algo novo.

3. CONSTITUCIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A aceção global da exigência da proteção do homem – difundida hoje, mormente, por meio da incorporação de um rol de direitos individuais às constituições - pode ser fundamentada pela percepção dos mesmos como resultado do reconhecimento de preceitos supostamente comuns a todas as culturas¹⁷.

A abordagem universalista dos direitos humanos - tão característica da doutrina ocidental - que se reflete, por exemplo, na quase desnecessidade da justificação dos direitos fundamentais no Brasil, faz com que a doutrina jurídica atual se concentre principalmente

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87. Especificamente quanto à posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 40.

15 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 506.

16 MANDELSTAM, André N. "La protection internationale des droits de l'homme". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931-IV, tome 38, p. 129.

17 VASAK, Karel. "Le droit international des droits de l'homme". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1974-IV, tome 140, p. 404.

na implementação dessas conquistas e não em sua fundamentação¹⁸.

O conceito aberto de dignidade humana surge, nesse contexto, como elemento central da sustentação teórica dos direitos relacionados à proteção do homem. Esse axioma se revela e teria sua própria razão de ser na eterna busca dos indivíduos pela sobrevivência, é dizer, no próprio direito à vida e em sua preservação¹⁹.

Percebe-se, assim, nos sistemas positivistas, isto é, na modernidade jurídica e das codificações a ela inerentes, que a dignidade como princípio sempre foi utilizada para preencher as lacunas das regras e constitui atualmente um dos principais nexos valorativos que orientam o legislador na produção do direito²⁰.

O conceito de dignidade foi incorporado a diversas constituições ocidentais e essas acabaram influenciando o direito internacional privado. Observa-se, por um lado, que nos sistemas de *civil law*, que adotam uma carta magna escrita, a influência do constitucionalismo no conflito de leis e de jurisdições se mostra inerente à estrutura hierárquica das normas.

Nos sistemas costumeiros, por outro lado, a absoluta falta de necessidade de atividade legislativa específica para a incorporação de princípios ao ordenamento costuma tornar o reconhecimento de direitos mais fácil e, portanto, mais simples a ocorrência da influência descrita. Isso não se mostra, contudo, tão nítido quando a ordem normativa não possui uma constituição escrita, como no Reino Unido.

De fato, ao se compararem as aplicações das regras de conflito, por exemplo, nos Estados Unidos e na Inglaterra, os princípios inseridos na constituição daquele permeiam de maneira sistemática seu sobredireito, algo que ocorre de maneira assistemática – mas não menos eficiente – no direito insular pela simples inexistência de uma carta maior²¹.

O estudo de experiências de sistemas legais alienígenas se faz importante porque ao mesmo tempo em que o direito internacional privado se submete à constituição dos estados e se insere nas ordens jurídicas por elas regidas, suas regras funcionam como canal natural para o diálogo entre ordenamentos²². A técnica jusprivatista constitui, conforme apontado anteriormente, ambiente ideal do direito comparado.

18 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

19 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 28-29.

20 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 68.

21 GRAVESON, Ronald H. “The comparative evolution of principles of the conflict of laws in England and the U.S.A.”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1960-I, tome 99, p. 112.

22 GRAVESON, Ronald. “Problems of private international law in non-unified legal systems”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1974-I, tome 141, p. 198.

De volta à perspectiva da *civil law*, é de se observar que as novas experiências constitucionalistas da segunda metade do século XX trouxeram consigo também desafios. O reconhecimento de direitos fundamentais pelas constituições, muitas vezes diversos daqueles listados na ordem constitucional anteriormente regente, produziram freqüentes necessidades de adaptação dos conjuntos normativos preexistentes.

O direito constitucional anterior continha valores protetivos ao ser humano, mas a definitiva inserção dos mesmos nas cartas de direito ocorreu ao longo do século XX. A mesma lógica se aplica também ao direito internacional privado.

Nesse sentido, profundas reformas normativas – por poder constituinte originário – fizeram-se necessárias nos últimos quarenta anos em países como Portugal, Espanha e Grécia. Mas mesmo em estados com constituições não tão recentes, como a Alemanha, a evolução do conteúdo de direitos promovida no âmbito constitucional exigiu igualmente adaptações do ordenamento jurídico como um todo²³.

O Brasil ainda se encontra nesse processo após a promulgação da constituição de 1988. Em relação a temáticas específicas da técnica conflitual, avanços ainda se fazem necessários, por exemplo, no tratamento dos estrangeiros, mormente no estatuto que regulamenta sua condição jurídica internamente. Nada disso serve, entretanto, para justificar o argumento de que o direito internacional privado no Brasil foi apresentado aos direitos humanos pela primeira vez quando da exegese dos direitos fundamentais inseridos no texto maior de 1988²⁴.

De fato, até a década de 60 pouco se havia escrito sobre a relação existente entre direito constitucional e o direito internacional privado, mas o módico estudo do assunto não significa sua inexistência anterior²⁵.

Mesmo que se admita hoje a agressiva influência do direito constitucional na técnica conflitual – ressaltando-se, uma vez mais, que neste estudo se sustenta clara influência recíproca – a incorporação de preceitos valorativos ao sistema jurídico como um todo não se deu em momento único, é dizer, quando da aprovação da declaração de direitos universal no pós-guerra ou da promulgação de novas constituições pelos estados. Essa consolidação constituiu verdadeiro processo. Dinâmicas que levaram décadas para se consolidar e serem percebidas, por exemplo, em estados como o alemão²⁶.

23 JAYME, Erik. “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1982-IV, tome 177, p. 21-22.

24 Tal afirmação, apesar de discordar, não desconsidera posições doutrinárias em sentido contrário, como em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III. p. 4-5.

25 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 166.

26 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 196.

A natureza das normas de uma constituição converte a relação existente entre o método conflitual e o constitucionalismo em traço da inserção do direito público na disciplina jusprivatista internacional. A presença dos direitos fundamentais no direito internacional privado torna hoje praticamente impossível, portanto, que esse seja conhecido sem que se considerem premissas publicistas. Tudo isso, gize-se, mesmo que sua aplicação se mantenha restrita eminentemente às relações privadas.

A perspectiva da inovação empreendida pela atual concepção dos direitos humanos na ordem internacional e dos direitos fundamentais nas constituições tende ao engano de se tratar toda conquista como novidade. Busca-se a proteção das minorias hoje, muitas vezes, como se constituísse criação teórica exclusivamente contemporânea. A proteção de grupos de indivíduos vulneráveis tem na história, entretanto, antecedentes bastante claros, por exemplo, na incorporação de princípios religiosos ao direito²⁷.

De uma forma ou de outra e sempre se afastando a perspectiva da novidade, a modernidade – e a pós-modernidade ou contemporaneidade – exigem atualmente do direito internacional privado uma construção doutrinária crítica capaz de ser atemporal e de incorporar em seu estudo os princípios reconhecidos ou reforçados pela doutrina da proteção do homem nos últimos 100 anos²⁸. Tal incorporação deve se dar tanto na observação das declarações e convenções internacionais quanto das constituições vigentes na atualidade²⁹.

Em termos práticos e de forma meramente exemplificativa, ainda que – mesmo hoje – sejam admitidas determinadas diferenças de gênero por lei, como nos critérios para o serviço militar, diferenças relacionadas à raça ou religião já não são mais consideradas aceitáveis. Essa lógica tão presente nas doutrinas constitucionalistas fundadas nos direitos fundamentais vale também para o sobredireito, o qual acompanha e – muitas vezes – antecipa essa evolução, tal qual se deu no reconhecimento dos efeitos de casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados em um estado por outro³⁰.

Sempre na vanguarda da proteção do ser humano, a igualdade de gênero é tema debatido profundamente pela doutrina do direito internacional privado desde, ao menos, o início do século XX. A respeito podem ser mencionadas, por exemplo, as críticas à nacionalidade

27 REDSLOB, Robert. “Le principe des nationalités”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931, tome 37, p. 57-58.

28 FRANKENSTEIN, Ernst. “Tendances nouvelles du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1930-III, tome 33, p. 278.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II. p. 4.

30 ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 351.

compulsória da mulher casada, as quais resultaram em modificações nas legislações protetivas e permitiram o surgimento de soluções mais justas ainda na primeira metade do século passado³¹.

A igualdade de gêneros, portanto, debatida pela filosofia, sociologia e pelos constitucionalistas que reconheceram as primeiras cartas realmente protetivas, também esteve presente no plano acadêmico do conflito de leis, o qual contribuiu à evolução da proteção do ser humano pelo direito. Tem-se aqui nítida situação, na qual o conflito de leis não foi apenas induzido pelas conquistas relacionadas aos direitos humanos e assumiu papel claramente indutor no processo.

Assuntos característicos do direito público, como a preocupação com crianças e com a juventude também permearam a elaboração de legislações protetivas de direito privado – e internacional privado. Essa sinergia temática constitui hoje fenômeno presente no direito como um todo³². Direito privado e direito público acabam se aproximando e mais uma vez público e privado se entrelaçam no conflito de leis e de jurisdições³³.

A presença de preocupações publicistas na técnica conflitual constitui algo inerente à disciplina. O direito internacional privado sempre, sob o argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratou de temas como o direito de família com clara perspectiva publicista³⁴. O fenômeno descrito tem conseqüências, inclusive, nos tratados sobre temas de direito internacional privado que acabam regulamentando questões consideradas essencialmente pertencentes ao direito público interno dos estados³⁵.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O reconhecimento de direitos fundamentais pelas constituições brasileiras não constitui novidade, ainda que parte da doutrina construa elaborações teóricas que aparentemente sustentam o contrário. Não se faz difícil encontrar, nesse sentido, afirmações de estudiosos que parecem expressar entendimento de que não havia direitos fundamentais no Brasil antes de 1988. Grande equívoco.

A ausência de ineditismo da matéria na ordem jurídica nacional não significa, entretanto, que a atual constituição não tenha trazido

31 BARBOSA DE MAGALHAES, José Maria. “La doctrine du domicile en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928-III, tome 23, p. 17.

32 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 481.

33 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964 II, tome 112, p. 485.

34 RIPHAGEN, W. “The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1961-I, tome 102, p. 221.

35 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 482.

novos elementos à evolução desses direitos. O novo texto representa a consolidação definitiva dos direitos humanos no plano interno ao assinalar os direitos fundamentais - contidos em seus primeiros artigos e especialmente no corpo de seu extenso artigo quinto - como verdadeiro arcabouço normativo hábil a instruir toda a ordem jurídica³⁶.

Ressalva-se, nesse sentido, a opção bastante clara do legislador originário pelo uso de termos amplos - de sentido aberto - ao dispor sobre direitos relacionados ao ser humano. Ainda que extremamente garantista, uma carta de direitos com tais características pode ter a força normativa de seus preceitos comprometida e exige constante atividade legislativa ordinária ou intenso exercício hermenêutico para a aquisição da eficácia devida³⁷.

Esse fenômeno - de verdadeira cristalização de princípios em regras pelo legislador originário de 1988 - sistematizou a funcionalidade da proteção do indivíduo como vetor axiológico harmonizador de todo o ordenamento jurídico brasileiro³⁸. Os tribunais, que antes aplicavam garantias limitando-se, em regra, a extrair a normatividade do texto legal, passaram a exercer cada vez mais a concretude ao fixar o conteúdo da normativa constitucional deixado em aberto, muitas vezes, pelo legislador.

Em grande medida, gize-se, a consolidação da conformidade com os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, é dizer, da guarda da moralidade traduzida nos princípios, como preceito inerente à atividade jurisdicional deu-se, no Brasil, não por expressa vontade do legislador, mas pela atividade dos órgãos judicantes³⁹. O juiz não observa, assim, apenas a conformidade da regra ou do ato com o texto da constituição, mas sua harmonia com o consenso moral social contido nos termos abertos que regulamentam a proteção do homem no Brasil.

Interessante se faz perceber que no direito geral costuma-se associar a evolução de determinado ramo com a jurisprudência aos países de *common law*. No caso do direito internacional privado, não apenas há considerável evolução jurisprudencial em países que adotam a lei escrita - decorrente, inclusive, da mesma amplitude conceitual observada no direito constitucional atual freqüentemente adotada pelas legislações de conflitos de leis, como nessas ordens legais aparentemente

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74.

37 A utilização do termo "plástica" aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU FILHO, Paulo. "Universalismo versus relativismo cultural - Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos". In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, 2004, n° 4, p. 73.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 65-66.

39 NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

mais estáveis ele tende claramente a evoluir por essa via mais que naquelas de estrutura costumeira. O juiz do *civil law* tem que se ater ao texto escrito, mas consegue exercer maior liberdade em relação a seu conteúdo que um aplicador do direito do *common law*, o qual se vê atrelado ao *stare decisis*⁴⁰.

No Brasil, a atividade jurisdicional busca suporte principalmente nos princípios contidos essencialmente na primeira parte do texto constitucional, o qual se destaca por seu conteúdo claramente informador. O atual constitucionalismo brasileiro costuma alegar, nesse sentido, que a observância compulsória dos preceitos que integram esse rol de direitos fundamentais contribuiria tanto para assegurar a proteção do homem quanto para auxiliar a construção e a implementação dos direitos humanos⁴¹.

A submissão da ordem legal aos preceitos estabelecidos na carta maior encontra-se atualmente bastante desenvolvida em áreas como o direito civil, o direito penal e o direito administrativo. Cabe investigar, nesse ponto, como a sistemática dos princípios fundamentais se relaciona com o direito internacional privado e se houve alterações nessa relação a partir de 1988.

O sobredireito privado se encontra extremamente vinculado ao estado e ao poder soberano que o compõe. Não faz sentido, entretanto, restringir à função legislativa a ação construtiva do desse direito. No conflito de leis e de jurisdições, a jurisprudência exerce importante papel e os tribunais freqüentemente criam e modificam as regras do sobredireito privado⁴².

A influência dos textos constitucionais na ordem jurídica brasileira como um todo não constitui algo recente e já se dava claramente, por exemplo, no contexto normativo da constituição de 1946. A incorporação dos direitos humanos não ocorreu, portanto, em 1988 e já se exigia antes do direito internacional privado - tal qual dos outros ramos do direito - a harmonização com as normas constitucionais⁴³.

A suposta autonomia teórica das regras de conflito em relação ao ordenamento jurídico apresenta-se, portanto, de forma exclusivamente

40 CAVERS, David F. Contemporary conflicts law in American perspective. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1970 II, tome 131, p. 91-92.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 351.

42 AUDIT, Bernard. "Le droit international privé en quete d'universalité : cours général (2001)". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2003, tome 305, p. 28-29. Também MAYER, Pierre. "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : cours général de droit international privé". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2007, tome 327, p. 360.

43 DOLINGER, Jacob. "Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica". *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 71 e ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

aparente. Aparência recorrentemente refletida na doutrina brasileira anterior a 1988 e que não necessariamente traduzia o posicionamento desse grupo de regras na ordem jurídica.

Oscar Tenório, por exemplo, sistematizou em sua principal obra de direito internacional privado toda a técnica aplicável às relações multiconectadas descrevendo – por diversas vezes – mecanismos aplicáveis a situações que outorgam direitos a estrangeiros ou protegem os herdeiros brasileiros sem nunca se referir ao caráter protetivo do ser humano tão nítido em seu objeto de estudo⁴⁴.

Situação semelhante ocorre, por exemplo, também na proteção concedida ao cônjuge e aos filhos brasileiros inserida no texto da constituição de 1988, a qual pode, à primeira vista, parecer esforço protetivo contemporâneo decorrente de alguma doutrina jurídica de amparo ao indivíduo menos favorecido em determinada situação jurídica.

Tal percepção não corresponde, entretanto, à realidade. Com origens na ordem jurídica brasileira do império e constitucionalizada em 1934, essa construção jurídica que garante direitos aos nacionais já estava contida, por exemplo, na Introdução ao Código Civil de 1916 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, ambos os instrumentos legais basilares do direito internacional privado no Brasil⁴⁵.

A técnica de conflitos acompanhou também, por exemplo, a evolução das legislações ao longo do século XX ao substituir – de maneira lenta, mas sistemática – as previsões que favoreciam a condição jurídica do homem em detrimento da mulher em temas de direito de família regulamentados pelo direito internacional privado⁴⁶. A perspectiva igualitária do sobredireito atual não é resultado exclusivo, portanto, da isonomia de gênero fixada definitivamente em 1988, mas já de todas as conquistas anteriores.

A promulgação da constituição de 1988 estabeleceu, de fato, a igualdade de gênero como parâmetro instrutor da ordem jurídica⁴⁷. Nesse sentido, se – por um lado – a finalidade do preceito legal era eliminar qualquer dúvida subsistente quanto aos direitos da mulher na sociedade brasileira, a consolidação dessa igualdade fez com que não se justificasse a subsistência de legislação protetiva específica que colocasse os indivíduos

44 TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I. e TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol II.

45 RODAS, João Grandino. “Choice of law rules and the major principles of brazilian private international law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 333.

46 UBERTAZZI, Giovanni Maria. “Règles de non-discrimination et droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1977-IV, tome 157, p. 371.

47 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “In verbis”: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

do sexo feminino em desigualdade formal com os de sexo masculino.

A nova constituição não deve ser, assim, considerada um marco zero protetivo, mas inegável se faz que o contexto histórico posterior a 1988 – de retorno à democracia e maior liberdade – permitiu a consolidação mais rápida de conquistas relacionadas a direitos fundamentais. A exegese feita, por exemplo, do referido princípio constitucional da igualdade sob a perspectiva material, provocou o surgimento de posicionamentos – não unânimes na doutrina – quanto à necessidade de a lei processual estabelecer para as relações multiconectadas que tratem de separação, divórcio ou anulação de casamento, também o domicílio da mulher como parâmetro para a fixação da competência – e da jurisdição – para casos de direito de família⁴⁸.

O reconhecimento de que a proteção do homem pelo direito internacional privado se deu em momento anterior não significa compreender que a atual constituição não trouxe novos paradigmas à evolução do sobredireito. A hermenêutica constitucional não apenas impacta a técnica, mas também tem nela campo bastante fértil para se desenvolver.

Extremamente importante se faz observar, ainda, que tampouco o papel informador axiológico dos textos constitucionais consubstancia algo recente. A proteção constitucional do ser humano não foi inaugurada na ordem jurídica brasileira em 1988. O rinoceronte já existia, portanto, antes da inauguração do zoológico. Em todas as constituições anteriores já se exigia a harmonização de todo o sistema com as normas da lei maior.

A constituição de 1988 não pode ser considerada inaugural na proteção do homem, ainda que seja possível admitir que a partir dela a consolidação das conquistas relacionadas às garantias individuais se deu de maneira mais sistemática e evoluiu com maior celeridade⁴⁹.

5. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

É de se ressaltar, de plano, que o estudo do direito internacional privado à luz da ordem principiológica constitucional não significa, a partir do que aqui se propõe, o desenvolvimento de investigação vazia de pretensa “constitucionalização”. Pelo contrário, pretende-se empreender análise crítica da relação existente entre os direitos fundamentais contidos nos axiomas constitucionais e o conflito de leis e de jurisdições.

Nesse sentido, a obrigatoriedade constitucional de motivação das decisões judiciais e a necessidade de harmonização do sobredireito com as conquistas da doutrina dos direitos humanos – contidos no

48 DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 355.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III. p. 8.

texto de 1988 – vinculam o magistrado aos direitos fundamentais não apenas como um padrão hermenêutico, mas como fonte última da fundamentação de seus pronunciamentos⁵⁰.

Tem-se admitido freqüentemente que a decisão judicial tomou novos contornos nos últimos anos e contribuiu à efetivação das garantias estabelecidas no texto maior. Esse novo papel da jurisprudência se aplica, principalmente, em ramos, nos quais o ofício do julgador é fundamental, como no direito internacional privado⁵¹.

O uso da proteção do indivíduo como argumento nos tribunais fez-se mais nítido e sistemático, mas não se pode entender que os direitos fundamentais apenas tiveram lugar contundente na evolução da ordem jurídica brasileira a partir de 1988⁵². Os direitos humanos não foram, tampouco, inventados em 1948. No que se refere pontualmente à declaração universal, houve ali, na verdade, a construção de uma síntese daquilo que a maior parte das ordens jurídicas positivas dos estados já reconheciam como direitos fundamentais dos indivíduos⁵³.

O direito internacional privado é um dos ramos do direito que mais promoveram a justiça e que mais possui meios de fazê-lo. Trata-se de um conjunto de normas extremamente adaptável às circunstâncias de tempo e espaço que lhe são apresentadas⁵⁴. Nesse sentido, a versatilidade tão aclamada pelos constitucionalistas da atualidade não seria novidade no conflito de leis e de jurisdições. Trata-se de um sistema legal pioneiro, eficiente e que sempre promoveu a justiça e a proteção dos direitos humanos.

Exemplos práticos desse pioneirismo no Brasil podem ser observados na constante assimilação de novos paradigmas processuais como, por exemplo, ocorreu com a eliminação da exigência de reciprocidade na homologação de sentenças estrangeiras⁵⁵. Essa extrema adaptabilidade histórico-sociológica constitui característica marcante

50 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “In verbis”: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” 51 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18-19.

52 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 70-71.

53 YASSEEN, Mustafa Kamil. “Principes généraux de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1965-III, tome 116, p. 459.

54 LOUSSOUARN, Yvon. “Cours général de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1973 II, tome 139, p. 276.

55 DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992.p. 375.

da disciplina que – por meio do trabalho contínuo de seus teóricos e aplicadores – sempre promoveu o reconhecimento de direitos e exerceu papel construtivo na proteção do indivíduo.

O respeito ao ser humano, que no texto constitucional na dignidade humana encontra preceito nuclear, não surgiu no Brasil, portanto, em 1988⁵⁶. Percebe-se, nesse sentido, que o reconhecimento do valor do outro não constitui novidade na organização social humana. Nem seu desrespeito, o vilipêndio e a violação de direitos individuais. Leis podem auxiliar a proteção do ser humano, mas não são suficientes para garantir o respeito à dignidade humana⁵⁷. Daí a importância dos aplicadores do direito e da decisão judicial nessa dinâmica.

O direito internacional privado sofre, a partir de todo o mencionado, clara influência de outros ramos jurídicos – hoje, principalmente, dos direitos fundamentais, isto é, da concepção interna dos direitos humanos. Por outro lado e contrariamente, o método conflitual exerce grande influência nos outros ramos do direito ao estabelecer parâmetros e influenciar sua evolução⁵⁸.

Vários são os exemplos de proteção de direitos fundamentais no Brasil por meio do direito internacional privado antes mesmo do reconhecimento dos princípios pela doutrina definitivamente como axiomas informativos de toda a ordem jurídica interna. No direito civil, por exemplo, a exegese constitucional é frequentemente anunciada como única responsável pela aplicação da perspectiva protetiva do homem aos institutos tipicamente de direito privado, mas essa espécie de proteção sempre ocorreu no conflito de leis e jurisdições.

Um juiz de primeiro grau do Rio Grande do Sul, por exemplo, determinou o registro de certidão de união entre brasileiro e inglês, realizada na Inglaterra, por entender que a união civil entre dois homens teria os mesmos efeitos do casamento⁵⁹. O magistrado o fez entendendo que o artigo 1544 do Código Civil brasileiro seria aplicável também a esse tipo de relação, ainda que o dispositivo se referisse exclusivamente a casamento⁶⁰.

56 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 71.

57 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 85-86.

58 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 26. Também TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I. p. 26.

59 Citando o Boletim IBDFAM nº 249, de 05/06/2012, ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 245.

60 BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. “In verbis”: “Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá

O direito internacional privado constituiu, portanto, porta de entrada de situação de fato que instou posicionamento do poder judiciário, hoje sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277⁶¹. Em outro exemplo de semelhante papel inovador da disciplina na proteção do homem, tem-se a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça de Sentença Estrangeira - SE 4525/EUA, que reconhecia adoção de criança, havida por técnica de reprodução assistida, pelo parceiro civil norte-americano do pai biológico brasileiro⁶².

A regulamentação interna do direito internacional privado provocou sua especificação e inserção nos sistemas locais, hierárquicos, que possuem na constituição o ápice normativo. Sua existência é, entretanto, anterior à constitucionalização. O direito internacional privado acabou mantendo certa autonomia e desenvolveu-se de maneira paralela - em codificação quase independente, muitas vezes⁶³. O conflito de leis, antes eminentemente geral, adquiriu aos poucos características locais e, lançando mão de nomenclatura em voga na doutrina dos direitos humanos, passou - há dois séculos - do universalismo ao multiculturalismo.

A disciplina antecede, assim, a própria idéia de estado e, portanto, as constituições. Normas constitucionais não conformam, assim, condição para que a técnica conflitual promova a proteção do ser humano. O uso do direito internacional privado para a promoção da justiça pode, inclusive, servir para viabilizar maior segurança e previsibilidade ao evitar a aplicação de normas constitucionais de sentido aberto⁶⁴. Nesse sentido, se as regras de conflito parecem muitas vezes ambíguas e amplas, as constitucionais - principalmente as que tratam de direitos fundamentais - costumam ser ainda mais⁶⁵.

A busca da proteção do ser humano pode ser inferida nas origens do direito internacional privado. Os estudos do impacto das doutrinas constitucionalistas de direitos fundamentais na matéria devem ser realizados com responsabilidade e cuidado para que não seja ignorada

ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.”

61 STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Publicado no DJU 14/10/2011, p.341.

62 ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 335. STJ, SE nº 4.525, EUA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJU de 02/08/2010.

63 LEWALD, Hans. “La théorie du renvoi”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1929-IV, tome 29, p. 520.

64 “Buscando apresentar um conceito à segurança jurídica”, ROSADO, Marilda (ed.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49-50.

65 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964 II, tome 112, p. 196.

sua razão de ser histórica. A proteção do homem pelo método de conflito é anterior ao constitucionalismo e essa é uma questão extremamente relevante em qualquer estudo que apregoe a “constitucionalização” desse conjunto normativo⁶⁶.

A adaptabilidade – característica da doutrina constitucionalista da atualidade - não constitui novidade na técnica conflitual. Trata-se de característica inerente ao conflito de leis. O direito internacional privado muitas vezes protegeu direitos fundamentais no Brasil antes mesmo do reconhecimento de princípios que os fundamentassem e as semelhanças entre ele e a constituição podem ser verificadas, por exemplo, na amplitude conceitual de vários valores presentes no método e nas cartas de direitos.

O fato de o direito internacional privado ser anterior às constituições exclui a própria existência das mesmas como condição para que a disciplina promova a proteção do homem. O indivíduo e sua proteção se encontram nas origens do sobredireito privado e qualquer estudo contemporâneo que sustente sua constitucionalização não pode ignorar tal característica.

CONCLUSÃO

A correta compreensão da consagração das garantias jurídicas aos indivíduos passa necessariamente pela identificação da forma como sistemas normativos locais, ao fixarem direitos fundamentais, dialogam com a doutrina da proteção internacional do ser humano.

Movimentos de constitucionalização destacaram-se, nesse contexto, no qual garantias inicialmente declaradas em documentos sem força vinculante acabaram incorporadas aos textos das constituições nacionais. A positivação contribuiu, portanto, à consagração da proteção local dos direitos humanos. No Brasil, a definitiva consolidação normativa desses direitos e garantias se deu com a promulgação da constituição federal de 1988, a qual possui como núcleo central os chamados direitos fundamentais.

Ainda que se observe hoje forte influência da teoria constitucional no conflito de leis e de jurisdições, a incorporação de preceitos valorativos à técnica jurídica não ocorreu de uma só vez. As referidas declarações e as novas constituições constituem apenas marcos em longos processos.

O valor axiológico do instrumental publicista protetivo atual se reflete também na disciplina jusprivatista internacional, mas a presença de preocupações dessa natureza é inerente ao método e o acompanhou desde suas origens. O direito internacional privado sempre, sob o

⁶⁶ WORTLEY, Ben Atkinson. “The general principles of private international law from the English standpoint”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1947-II, tome 71, p. 20.

argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratou de temas como o direito de família.

Na primeira parte deste estudo, foram apresentadas questões relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para que se pudesse introduzir, em seguida, as primeiras considerações acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Na parte seguinte, pretendeu-se analisar a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e sua relação com o direito internacional privado para que se pudesse apresentar, finalmente, uma proposta de compreensão dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.

Resta consignar, por fim, que os princípios e regras de direito internacional privado antecedem a sistemática constitucional moderna e que esse panorama exclui a própria existência das cartas constitucionais como condição para que a disciplina promova a proteção do homem. O indivíduo e sua proteção encontram-se nas origens do sobredireito privado e qualquer estudo contemporâneo que sustente sua constitucionalização não pode ignorar tal característica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. 1999, n° 217,

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. 351 f.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUDIT, Bernard. “Le droit international privé en quete d’universalité : cours général (2001)”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2003, tome 305, p. 28-29.

BARBOSA DE MAGALHAES, José Maria. “La doctrine du domicile en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928-III, tome 23, p. 17.

BARROSO, Luís Roberto. “A reconstrução democrática do direito público no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (ed.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, nº 4.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

CAVERS, David F. Contemporary conflicts law in American perspective. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1970 II, tome 131, p. 91-92.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 355.

DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/ pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 28-29.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional – liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FRANKENSTEIN, Ernst. “Tendances nouvelles du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1930-III, tome 33, p. 278.

GRAVESON, Ronald. “Problems of private international law in non-unified legal systems”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1974-I, tome 141, p. 198.

GRAVESON, Ronald H. “The comparative evolution of principles of the conflict of laws in England and the U.S.A.”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1960-I, tome 99, p. 112.

HAMBURGER, Ernest. “Droits de l’homme et relations internationales”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1957 II, tome 97, p. 300-301.

HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

JAYME, Erik. “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1982-IV, tome 177, p. 21-22.

KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 166.

KLATAU FILHO, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. 2004, n° 4, p. 73.

LEWALD, Hans. “La théorie du renvoi”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1929-IV, tome 29, p. 520.

LOUSSOUARN, Yvon. “Cours général de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1973 II, tome 139, p. 276.

MANDELSTAM, André N. “La protection internationale des droits de l’homme”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931-IV, tome 38, p. 129.

MAYER, Pierre. “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : cours général de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2007, tome 327, p. 360.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democacia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.

REDSLOB, Robert. “Le principe des nationalités”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931, tome 37, p. 57-58.

RIPHAGEN, W. “The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1961-I, tome 102, p. 221.

RODAS, João Grandino. “Choice of law rules and the major principles of brazilian private international law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 333.

ROSADO, Marilda (ed.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 481.

STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Publicado no DJU 14/10/2011, p.341.

STJ, SE nº 4.525, EUA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJU de 02/08/2010.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol II.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UBERTAZZI, Giovanni Maria. “Règles de non-discrimination et droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1977-IV, tome 157.

VASAK, Karel. “Le droit international des droits de l’homme”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1974-IV, tome 140, p. 404.

WORTLEY, Ben Atkinson. “The general principles of private international law from the English standpoint”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1947-II, tome 71, p. 20.

YASSEEN, Mustafa Kamil. “Principes généraux de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1965-III, tome 116, p. 459.