

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

***lus constitutionale commune e direito de família:*** uma análise hermenêutica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal na matéria

***lus constitutionale commune and family law:*** a hermeneutic analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Federal Court in the matter

Felipe Frank

Lucas Miguel Gonçalves Bugalski

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021  
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:  
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA

# Sumário

<b>EDITORIAL</b> .....	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>I. PARTE GERAL</b> .....	25
<b>1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO</b> .....	26
<b>CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA</b> .....	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
<b>INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19</b> .....	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
<b>DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO</b> .....	95
Christine Binder	
<b>MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?</b> .....	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
<b>REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	142
Laurence R. Helfer	
<b>2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO</b> .....	167
<b>A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS</b> .....	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
<b>EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO</b> .....	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
<b>PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO</b> .....	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

<b>3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>249</b>
<b>LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE.....</b>	<b>251</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo	
<b>LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA.....</b>	<b>275</b>
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
<b>DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>314</b>
Paulo Brasil Menezes	
<b>4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>336</b>
<b>DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>338</b>
Mario Molina Hernández	
<b>O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>364</b>
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
<b>CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....</b>	<b>384</b>
Ana Carolina Barbosa Pereira	
<b>A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL .....</b>	<b>426</b>
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
<b>A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019 .....</b>	<b>457</b>
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
<b>CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR.....</b>	<b>476</b>
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL</b>	

<b>FEDERAL NA MATÉRIA .....</b>	<b>499</b>
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
<b>JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO? .....</b>	<b>519</b>
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
<b>5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....</b>	<b>543</b>
<b>LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>545</b>
Humberto Nogueira Alcalá	
<b>DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....</b>	<b>568</b>
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
<b>II. PARTE ESPECIAL.....</b>	<b>590</b>
<b>6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>591</b>
<b>HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....</b>	<b>593</b>
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....</b>	<b>622</b>
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
<b>OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....</b>	<b>648</b>
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
<b>7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>664</b>
<b>IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>666</b>
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

<b>A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>687</b>
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
<b>A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE .....</b>	<b>715</b>
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA .....</b>	<b>737</b>
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
<b>O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS .....</b>	<b>757</b>
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
<b>DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347 .....</b>	<b>783</b>
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
<b>TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR .....</b>	<b>802</b>
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
<b>8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>823</b>
<b>DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>825</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
<b>O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....</b>	<b>856</b>
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
<b>III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>871</b>
<b>PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....</b>	<b>873</b>
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
<b>INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL .....</b>	<b>897</b>
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

<b>IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS .....</b>	<b>917</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes	

# ***Ius constitutionale commune* e direito de família: uma análise hermenêutica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal na matéria\***

## **Ius constitutionale commune and family law: a hermeneutic analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Federal Court in the matter**

Felipe Frank\*\*

Lucas Miguel Gonçalves Bugalski\*\*\*

### **Resumo**

O presente artigo investiga a matéria de direito de família à luz do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, em um diálogo com as teorias do constitucionalismo em rede e do constitucionalismo transformador. Nesse sentido, busca-se, em primeiro lugar, compreender esse fenômeno em relação ao constitucionalismo latino-americano. Em segundo lugar, analisa-se a Teoria do *Ius Constitutionale Commune* em relação ao contexto brasileiro, bem como sua chegada em nosso país e a recepção da corte brasileira. Por fim, busca-se apreciar as três únicas decisões proferidas pelo STF em matéria de direito de família em que a CIDH é citada, buscando compreender o nível de influência do Sistema Interamericano no STF, e vice-versa. A metodologia de análise foi, em primeiro momento, uma revisão de literatura qualitativa, em segundo momento, uma leitura imanente dos casos selecionados, buscando encontrar traços de diálogo com as cortes internacionais nesses julgados. Observou-se que o engajamento argumentativo do STF é híbrido, utilizando a jurisprudência internacional mais como argumento de autoridade e conteúdo informacional, do que de fato uma argumentação mais aprofundada. No que diz respeito aos casos selecionados, pode-se observar essa premissa em prática, na qual houve poucas menções à Corte Interamericana de Direitos Humanos e pouco diálogo com o contexto latino-americano.

**Palavras-chave:** *Ius Constitutionale Commune*; América Latina; direito constitucional; direito de família; Supremo Tribunal Federal.

### **Abstract**

This article investigates the issue of family law from the perspective of the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, in a dialogue with the theories of network constitutionalism and transformative constitutionalism. In

\* Recebido em: 31/05/2021.  
Aprovado em: 07/10/2021.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
E-mail: felipefrank.docência@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
E-mail: miguelbugalski@gmail.com.

this sense, we seek, in the first place, to understand this phenomenon within Latin-American constitutionalism. Secondly, we analyze the theory of the *ius constitutionale commune* in relation to the Brazilian context, as well as its arrival in our country and the reception of the Brazilian court. Finally, we appreciate the three decisions rendered by the STF in matters of family law in which the IACHR is cited, seeking to understand the level of influence of the Inter-American System in the STF, and vice versa. The analysis methodology was, at first, a qualitative literature review, and secondly, an immanent reading of the selected cases, seeking to find traces of dialogue with the international courts judged. We observe that the STF's argumentative engagement is hybrid, using international jurisprudence more as an argument of authority and informational content, rather than a more in-depth argument. With regard to the selected cases, we were able to observe this premise in practice, in which mentions to the Inter-American Court of Human Rights and little dialogue with the Latin American context benefited.

**Keywords:** *Ius Constitutionale Commune*, Latin America; constitutional right; family law; Federal Court of Justice.

## 1 Introdução

O presente artigo visa investigar a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como se há influência inversa, do STF sobre a jurisprudência da CIDH, em matéria de direito de família.

Mais especificamente, busca-se compreender a forma pela qual os tribunais dialogam entre si e, consequentemente, estabelecem um *engajamento argumentativo*, que embasa o conteúdo de suas decisões.

Com isso, espera-se contribuir para a Teoria do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), apresentando a influência real dos tratados internacionais nas decisões de nosso Supremo Tribunal Federal.

Em relação a esse contexto, de constitucionalismo em rede, no qual o ICCAL está inserido, apresentam-se novos paradigmas hermenêuticos de interpretação do direito à luz da teoria decisória, inserindo novas informações e elementos argumentativos aos operadores do direito brasileiro.

O ICCAL é uma teoria recente que visa servir como estratégia jurídica para aprimoramento das instituições e da democracia na América Latina. Ele parte das características e contextos comuns em que os países sul americanos possuem, por exemplo: baixa institucionalização, regimes ditatoriais na história recente, posturas autoritárias de líderes, populismo, desigualdade social, questão racial e são ex-colônias de países ibéricos.

Dessa forma, esse novo constitucionalismo surge como uma das estratégias de solução dessas problemáticas comuns, usando o Judiciário como gênese dessas lutas, criando *standards* compartilhados e cooperação mútua.

Nesse sentido, considerando-se o objetivo geral deste artigo, que é de apurar em que medida o *Ius Constitutionale Commune* está presente na realidade brasileira, o caminho argumentativo será o seguinte: (i) apresentação da jurisprudência infraconstitucional e doméstica em relação ao casamento e união estável; (ii) compreensão a respeito do ICCAL e qual sua influência geral no ordenamento brasileiro e; (iii) compreensão sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e outros tratados internacionais, usados como base pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, usando como caso concreto a ADPF n.132, o RE. 646.721/2017 e o RE. 878.694/2018.

Para esses objetivos, adotar-se-á uma metodologia de análise qualitativa de bibliografia referente ao tema, utilizando artigos recentemente publicados sobre o tema, bem como a literatura mais consolidada sobre a temática. Subsidiariamente, será feita uma leitura imanente dos julgados acima citados, com o objetivo de

encontrar menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos na fundamentação do voto dos ministros. Ainda, busca-se efetuar uma busca por termos chave nas decisões da Corte Interamericana que envolvem direito de família, visando encontrar menções ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A partir dessa investigação, poder-se-á compreender como o ICCAL se solidifica em forma de jurisprudência doméstica, e, em que medida, o Supremo reconhece as normas do sistema Interamericano em sua argumentação. Com base na definição de Vicki Jackson, e nas decisões escolhidas, buscar-se-á classificar, em qual modelo o sistema brasileiro melhor se encaixa, quais sejam: (i) modelo de resistência; (ii) modelo de convergência ou; (iii) modelo de engajamento argumentativo.

Nesse sentido, a partir da análise do artigo, observou-se que a interlocução entre as duas Cortes é muito incipiente. No caso do STF, com base na jurisprudência selecionada, percebe-se pouquíssima referência às decisões da CIDH, enquadradas no modelo de engajamento argumentativo. Já na citação do STJ, nas decisões da CIDH contra o Brasil, percebe-se um engajamento muito mais profundo com a legislação infraconstitucional, todavia, nenhum dos casos contra o Brasil tratam sobre a temática de Direito de Família.

Portanto, para a efetivação do ICCAL no Brasil, efetivando um diálogo mais profundo com a jurisdição internacional latino-americana, é preciso mais engajamento do Supremo Tribunal Federal com o ambiente latino-americano e sua Corte maior, em especial no âmbito de Direito de família. O processo de abertura que vem ocorrendo com a Suprema Corte deve permanecer e ser ampliado.

## 2 O Ius Constitutionale Commune na América Latina

### 2.1 Antecedentes

O chamado *Ius Constitutionale Commune* está presente em um contexto de profunda contradição: a América Latina. Essa teoria assenta-se em uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, chamado constitucionalismo “em rede”<sup>1</sup>.

O mundo globalizado e multipolar criou uma conjuntura internacional em que há uma pluralidade de cortes e comissões internacionais, que formam o aparato do direito internacional público<sup>2</sup>. Além disso, a jurisprudência doméstica também recebeu essas influências e tornaram-se mais abertas à pluralidade de fontes<sup>3</sup>.

Desde o contexto do pós-segunda guerra, o direito vem se tornando mais globalizado<sup>4</sup>. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), juntamente aos aparatos jurídicos auxiliares, representou um grande passo em direção a uma cultura jurídica internacional. Nesse meio, surgiram os tribunais e convenções internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, criada em 1945.

Não obstante, a tendência à pluralidade se intensificou na segunda metade do século XX<sup>5</sup>. Nesse período, foram criados o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a Corte Interamericana de Direitos

<sup>1</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

<sup>2</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

<sup>3</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019.

<sup>4</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

<sup>5</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

Humanos (CADH) e o Tribunal Penal Internacional (TPI). É nessa conjuntura que se dá a discussão acerca do *Ius Constitutionale Commune Latino Americano* (ICCAL).

Nesse sentido, o ICCAL surge, na América Latina, como forma de introduzir os países da região nesse diálogo internacional, visando fortalecer suas instituições e suas democracias, portanto, é “um corpo de direito comum latino-americano que expressa uma construção regional de standards em matéria de direitos humanos, democracia e estado de direito”<sup>6</sup>. Como poderá ser percebido ao longo do artigo, o ICCAL é usado como estratégia de solução dos problemas locais, com base em uma forte cooperação e diálogo com o aparato internacional.<sup>7</sup>

Entretanto, ao mesmo tempo que o ICCAL tem como objetivo a fortificação institucional e o fortalecimento das práticas democráticas, está inserido num continente com um baixo nível de institucionalização e rompimentos democráticos frequentes. Dessa forma, esse tipo de constitucionalismo em “rede”, ou seja, que visa estabelecer diálogo internacional por meio do Judiciário, tem, nessas características regionais, um desafio ainda maior.

## 2.2 Definição

O *Ius Constitutionale Commune*, além de estar inserido no contexto do constitucionalismo em rede, é um tipo de constitucionalismo transformador<sup>8</sup>. Essa corrente visa efetivar a democracia e os direitos humanos em locais onde, historicamente, não foram efetivados<sup>9</sup>. O ICCAL é a aplicação da Teoria do Constitucionalismo Transformador no continente da América Latina, com suas características e peculiaridades<sup>10</sup>.

Sobre o tema, Bogdandy resume as discussões acerca da definição do ICAAL da seguinte forma: “[o ICCAL] aponta a transformação da realidade política e social da América Latina para criar as condições sociais e política necessárias para efetivar a democracia, o estado de direito e os direitos humanos”<sup>11</sup> (tradução dos autores).

Assim, o Constitucionalismo transformador e ICCAL partem do ponto de que os “países que integram a América Latina têm uma história e uma cultura compartilhadas, e problemas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum quanto ao desenvolvimento do direito constitucional”<sup>12 13</sup>.

Esse continente tem muitas semelhanças entre seus países. Tanto a América Espanhola quanto a América Portuguesa, tiveram pontos em comum na sua colonização, os quais acompanharam suas histórias até o presente. As semelhanças não estão localizadas somente no momento da colonização e suas consequências imediatas, mas ao longo de toda a história da região.

Ambas sofreram com intensos processos de genocídio de seus povos originários, e em seguida, a es-

<sup>6</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 256.

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>8</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 259.

<sup>9</sup> KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.

<sup>10</sup> BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

<sup>11</sup> VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, Morales Maria (coord.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, 2014.

<sup>12</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 255.

<sup>13</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

crauidão rural como elemento principal da economia colonial. Já no século XX, os países da região foram submetidos a ditaduras civil-militares durante décadas, o que é um denominador comum devido às raízes autoritárias e aristocráticas deixadas pela colonização das metrópoles ibéricas.

Mais recentemente, já no processo de redemocratização, a solução comum foi um hiperpresidencialismo. Essa solução comum gerou novas problemáticas compartilhadas, como o populismo e controle do poder executivo sobre os demais. Além disso, toda sua história, representada pela colonização, pelas ditaduras e pela redemocratização, legaram aos países da América Latina consequências sociais, gerando intensa desigualdade, violência e baixa institucionalidade.<sup>14</sup>

Bogdandy vai resumir o ICCAL da seguinte forma:

*o ius constitutionale commune* na América Latina representa um enfoque transformador que se dota de energia a partir da experiência concreta e da convicção profunda da inaceitabilidade de situações de injustiça sistemática. O seu substrato de direito positivo é constituído principalmente pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, as garantias das constituições nacionais sobre a matéria, as cláusulas de abertura, assim como a correspondente jurisprudência, tanto nacional como internacional. Aposta em um discurso que interrelaciona os distintos ordenamentos jurídicos com o objetivo de reforçar as transformações nos países latino americanos (tradução dos autores)<sup>15</sup>.

Dessa forma, o ICCAL, baseando-se nas contribuições teóricas do constitucionalismo em rede e do constitucionalismo transformador, propõe soluções congregando três estratégias que formam a matriz de atuação do ICCAL: (i) supraestatalidade; (ii) pluralismo dialógico entre internacional e nacional e; (iii) atuação judicial.<sup>16</sup>

## 2.3 As estratégias do ICCAL

Após essa breve explicação do contexto e da definição do *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL), e sua atuação na América Latina, passamos ao esclarecimento das estratégias jurídico-constitucionais usadas para buscar seus objetivos.

### 2.3.1 Supraestatalidade

A supraestatalidade se caracteriza por todo o sistema de convenções e acordos internacionais comum a toda a América Latina, principalmente em matéria de direitos humanos. Os principais acordos que formam esse bloco de supraestatalidade são: Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>17</sup>, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão IDH atua por meio de medidas cautelares, seja quando é provocada ou por iniciativa própria. Ela pode, inclusive, provocar a Corte IDH, a qual tem legitimidade contenciosa e consultiva, e ainda pode aplicar sanções aos Estados Membros.

Os países do sistema Interamericano têm, em seus sistemas jurídicos domésticos, uma abertura às con-

<sup>14</sup> GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: LPM, 2019.

<sup>15</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 37.

<sup>16</sup> Essa divisão didática é feita pela professora Patrícia Perrone Campos Mello. Pode-se encontrar menções a essa divisão em toda sua obra. Outros autores mencionam essa divisão, mas não há unidade no pensamento. Por motivos didáticos e de delimitação, utiliza-se a definição dessa autora.

<sup>17</sup> A convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de pacto de San José, instituiu a Comissão IDH e a Corte IDH, como consta no Artigo 33: “São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte”.

venções internacionais<sup>18</sup>. Alguns países reconhecem as normas produzidas pelas convenções como Leis Ordinárias; outros como parte vinculante de sua constituição<sup>19</sup>.

Há, ainda, terceiros que garantem uma preferência hermenêutica às normas internacionais<sup>20</sup>, integrando-as a uma espécie de bloco de supraconstitucionalidade<sup>21</sup>. Por fim, há aqueles que garantem um *status* supra-legal, no qual há uma interferência hermenêutica na jurisprudência infraconstitucional.

Essas novas regras internacionais funcionam, como aponta Bogdandy, como um novo *corpus iuris* para os operadores do direito e constitucionalismo nacionais. Há uma “nova abertura dos ordenamentos jurídicos estatais latino-americanos e conforme um estrato comum do direito internacional público, em especial a Corte Interamericana”<sup>22</sup>.

### 2.3.2 Pluralismo dialógico

O pluralismo dialógico consiste no diálogo entre as cortes em diversos níveis de jurisdição. Em primeiro lugar, há o Diálogo da Corte IDH e da Comissão IDH com outras cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos.

Em um segundo momento, pode haver um diálogo com as cortes domésticas dos países da América Latina e, subsidiariamente, com países de outros continentes. Essa múltipla influência pode ser muito útil em contexto das decisões de casos concretos, considerando-se a conjuntura comum e até mesmo em casos controvertidos de conteúdo semelhante.

Continuamente, partindo dos Tribunais Nacionais, há um constante diálogo entre os países, assim como com as convenções do sistema Interamericano, especialmente a Corte IDH. Essa interlocução é muito útil no que diz respeito à cooperação em busca de objetivos comuns, como os direitos humanos, fortificação da democracia e das instituições.

Ato contínuo dessa cooperação estratégica, objetivo do ICCAL, há o diálogo das cortes infraconstitucionais com as convenções internacionais. Os magistrados dos Tribunais Regionais e Locais, assim como os operadores do direito em geral, devem se engajar com o sistema Interamericano.<sup>23</sup>

Bogdandy, ao definir esse conceito, apresenta que o *ius constitutionale commune* incorpora três aspectos originais do pluralismo dialógico em suas formulações, quais sejam:

em um direito constitucional é um conceito antigo que denota uma sociedade onde os distintos grupos que a formam, se enfrentam uns com os outros em processos públicos e democráticos, com respeito a uma ampla gama de valores, interesses e formas de vida. Em segundo lugar, se refere a normas que não fazem parte do ordenamento jurídico estatal mas que regem as relações sociais em certos grupos. E em terceiro, é um fenômeno que se refere à interação entre os distintos regimes jurídicos, em especial à relação aberta entre o direito constitucional estatal, o direito da União Europeia e o direito europeu em

<sup>18</sup> Essa disposição está presente na carta da Convenção em seu art. 2º, em que consta: “[É] Dever [do Estado] de adotar disposições de direito interno Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

<sup>19</sup> É o caso da Argentina, onde as normativas internacionais estão inseridas em um bloco de constitucionalidade.

<sup>20</sup> É o caso da Bolívia, que coloca um *status* superior, do ponto de vista hermenêutico, às normativas internacionais.

<sup>21</sup> É o caso atual do Brasil, que já considerou as normativas internacionais como leis ordinárias. Foi o BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2000, que consolidou o entendimento do status supralegal.

<sup>22</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

<sup>23</sup> CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

matéria de direitos humanos.<sup>24</sup>

Essa breve descrição dos diversos níveis de interação é como o pluralismo dialógico se apresenta: um engajamento constante dos diversos níveis de jurisdição em prol dos objetivos comuns propostos pelo ICCAL, que constitui “uma proposta plural de superação do horizonte puramente estatal a respeito da proteção de direitos humanos e da implementação da democracia e do estado de direito”<sup>25</sup>.

### 2.3.3 Atuação judicial

A forte atuação judicial que o ICCAL propõe parte do pressuposto da baixa institucionalização desses países. Ao mesmo tempo que visa solucionar as problemáticas elencadas logo acima, na medida que soluciona, fortifica, ainda mais, as instituições por meio do Judiciário.

O pioneirismo do Judiciário no Sistema Interamericano é matriz de toda a estratégia do ICCAL. As cortes nacionais devem se engajar com as decisões da Corte IDH, tomando para si a responsabilidade de aplicação das sanções ou efetivação de direitos.

O engajamento entre corte nacional e Corte IDH deve partir do controle de convencionalidade<sup>26</sup>, ou seja, que estas entendam como *prima facie* os princípios do Sistema Interamericano (arts. 1.1., 2 e 62.1 do Pacto de San José)<sup>27</sup>. Caso rejeitem, em certo caso concreto, devem buscar fundamentar sua recusa.

A atuação judicial do plano internacional, por exemplo, é “inclinada a balança do poder do plano estatal em favor dos projetos das constituições com vocação transformadora”<sup>28</sup> (tradução nossa).

A centralidade do Judiciário a respeito da atuação do Constitucionalismo Transformador exige um diálogo constante de todos os tribunais não somente com a Corte IDH e outras cortes e convenções internacionais, mas também com os outros tribunais domésticos dos países da América Latina.

## 3 O ICCAL no Brasil e a atuação do STF

A constituição de 1988 representou um grande avanço a favor da democracia e do fortalecimento das instituições. Da mesma forma, trouxe novos paradigmas ao constitucionalismo brasileiro, sendo a maior contribuição o controle de constitucionalidade<sup>29</sup>.

Nos primeiros anos da vigência da constituição, o Supremo Tribunal Federal foi conservador no controle de constitucionalidade. Apresentou poucas inovações e interpretações distantes do texto aprovado pela constituinte. Entretanto, essa conjuntura mudou com as novas teorias da doutrina da efetividade e do

<sup>24</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 35.

<sup>25</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 258.

<sup>26</sup> Termo cunhado por uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para explicar a aplicação de suas jurisprudências nas decisões domésticas. cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Almonacid Arellano *vs.* Chile; Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n.o 154, § 124.

<sup>27</sup> A interlocução e o diálogo entre o STF e a corte interamericana, e ainda, o diálogo das outras cortes domésticas com a corte supra estatal, pode ser encontrado resumidamente no seguinte artigo: CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

<sup>28</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 30.

<sup>29</sup> BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

neoconstitucionalismo<sup>30</sup>.

A doutrina da efetividade surgiu, ao final dos anos 90 e começo dos anos 2000, como estratégia de efetivação dos direitos fundamentais. Ela previa que qualquer direito poderia ser objeto de uma ação judicial.<sup>31</sup>

Já o neoconstitucionalismo tem como objetivo a abertura dos princípios constitucionais, ao mesmo tempo que dá caráter mais objetivo e concreto ao seu conteúdo<sup>32</sup>. Assim, essa nova forma de interpretação da constituição gerou uma nova hermenêutica constitucional que serviu de base para modificação de diversas normas e leis infraconstitucionais, à luz dos princípios fundamentais.

É com o neoconstitucionalismo que começa um intenso processo de constitucionalização das outras áreas do direito. O Direito Civil também sofreu forte influência dos princípios fundamentais da constituição, como veremos brevemente no próximo tópico (cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal ampliou sua atuação e buscou uma transformação, via Judiciário, de diversas pautas de interesse nacional<sup>33</sup>. A respeito da pauta de avanço dos direitos humanos, há diversas decisões recentes que ampliaram os direitos dos cidadãos à luz da constituição de 1988.

O aborto em caso de anencefalia foi julgado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ainda sobre a liberação do aborto, até a terceira semana de gestação, aprovado pelo *Habeas Corpus* n. 124.306. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso.

Uma modificação importante para o Direito Civil em matéria de Direito de Família veio com o Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, que equiparou os cônjuges do ponto de vista sucessório. Um grande avanço em relação aos códigos civis anteriores.

Outro tema de Direito de Família que sofreu bastante modificação, ao qual chama-se bastante atenção, refere-se ao direito de regime semiaberto para mães visando ao direito à constituição de família, julgado pelo *Habeas Corpus* n. 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Ainda sobre as gestantes, também foi aprovado, em matéria de direito de trabalho, o afastamento em locais de insalubridade, julgado pelo Recurso Extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

Um tema importantíssimo, que ganhou grande repercussão nos últimos anos, e representa uma grande atuação do Constitucionalismo em Rede e do Constitucionalismo transformador no Supremo Brasileiro, é o tema de união estável homoafetiva. Essa temática teve três grandes julgados na Corte brasileira: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto, Recurso Extraordinário n. 646721. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

Além disso, o tema da união homoafetiva é um grande exemplo de como o STF estabelece um diálogo com os julgados internacionais. O voto do Min. Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 utilizou diversas decisões e convenções internacionais, especialmente a Corte IDH.

Por fim, um último tema controverso de Direito Civil, que pode ser usado como um exemplo da atuação judicial do STF em relação ao Constitucionalismo Transformador, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade

<sup>30</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 103.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

n. 4275. Relator: Ministro Edson Fachin. A qual garantiu aos transexuais o direito da troca de nome, mesmo sem cirurgia de mudança de sexo, com base nos direitos fundamentais da personalidade.

Há uma intensa atuação da Suprema Corte brasileira em temas controvertidos da garantia de direitos fundamentais<sup>34</sup>. Ela vem sendo matriz de diversas disputas jurídicas e políticas, e vem sendo importante no fortalecimento dos direitos humanos no país.

Entretanto, como será observado mais pormenorizadamente, no último tópico do artigo, que analisa três decisões do STF em matéria de Direito de Família, ainda há pouco controle de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte.

O Brasil, historicamente, vem passando por um processo de intensificação do diálogo com o direito internacional, mas, ainda, tem um sistema judicial centralizado no direito doméstico do Estado<sup>35</sup>.

Somente com a Emenda Constitucional 45/2004 que o Brasil garantiu a constitucionalidade das jurisprudências proferidas por tribunais internacionais, que, anteriormente, tinham status de lei ordinária, como consagrado no HC. 72.131. Além disso, somente em 2009, com o Recurso Extraordinário 466.343, essas normas ganharam um caráter supralegal, o que proporcionou um engajamento hermenêutico muito mais frutífero<sup>36</sup>.

Um grande exemplo paradigmático da falta de engajamento hermenêutico do STF com a Corte IDH, e da baixa incidência de controle de convencionalidade nas decisões é o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que decidiu sobre a Lei da Anistia do Período Militar. A decisão proferida pela corte brasileira foi completamente contrária à jurisprudência da Corte IDH, a citando apenas uma única vez.

Portanto, é notório o baixo índice de controle de convencionalidade que o Supremo Tribunal Federal faz, e o baixo engajamento argumentativo com as cortes internacionais, especialmente a Corte IDH.

## **4 O ICCAL e os tratados internacionais na ADPF n. 132, no RE. 646.721/2017 e no RE. 878.694/2018**

### **4.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132**

O ministro relator Ayres Britto começa sua argumentação, nesse caso, elaborando justificativas em favor da união homoafetiva, usando as cláusulas pétreas da constituição federal. Em primeiro lugar, a união homoafetiva é manifestação da autonomia da vontade de cada indivíduo, não podendo ser negada.

Além disso, a autodeterminação a respeito de sua sexualidade, bem como com quem gostaria de estabelecer relações afetivas, é garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Todos e todas, sem distinção, têm o direito de poder se relacionar com quem quiser, dentro dos limites impostos pela lei.

Nesse sentido, usando a máxima kelseniana da norma geral negativa, assegura-se a garantia da união homoafetiva, já que, se não está descrito em forma de lei, é permitido. Da mesma forma, a proibição da união homoafetiva configura preconceito nos termos do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal;

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>35</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 108.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

O Ministro Ayres Britto ainda aponta, em seu voto, as evoluções que a constituição de 1988 impregnou no direito de família, ampliando seu conceito. A família é um instituto da vida privada que não se limita ao casamento civil regulado pelo direito. Ela diz respeito à autodeterminação privada, autonomia da vontade, representações socioculturais, visão de mundo e intimidade. Consolidou uma compreensão não reducionista, portanto.

Dessa forma, finaliza seu voto fazendo uma interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil. Segundo o ministro, o artigo não é resolúvel por si só, e precisa de uma interpretação conforme a constituição. Dessa forma, dá provimento ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, “reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (p. 05).

Ao longo do Acórdão, os diversos ministros apontam tratados e convenções internacionais para fundamentar sua interpretação da norma, entretanto, a Corte IDH é citada, apenas uma vez, pelo Min. Marco Aurélio, como será observado em sequência.

No voto do relator, o min. Ayres Britto cita a primeira declaração de direitos humanos do Estado da Virgínia, datada de 1776. Tal declaração prevê que a orientação sexual é um componente importante para a obtenção da felicidade. Os heterossexuais somente poderiam ser felizes como heterossexuais; da mesma forma, os homossexuais somente poderiam ser felizes seguindo sua orientação.

Mais adiante, o Min. Gilmar Mendes faz uma menção ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, na época do julgamento (2011) à presente corte, não havia julgado nenhum caso dando provimento à união homoafetiva, mas já garantia, em seus princípios, que os Estados Europeus devem reconhecê-la. Para solidificar ainda mais sua argumentação, aponta as seguintes declarações que versam sobre esse tema: Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas.

O ministro faz essa menção buscando desenvolver uma argumentação a favor do acolhimento das leis constitucionais brasileiras. Segue, em suas palavras, citando diversos ordenamentos de países estrangeiros (como Holanda, Portugal, Dinamarca, Suécia etc.), e como eles abordaram a temática dando muita ênfase ao diálogo internacional.

Sobre esse assunto, fazendo um panorama do ambiente internacional, Gilmar Mendes classifica os países em relação ao tratamento à homossexualidade:

há os países repressores, que proíbem e punem o homossexualismo; os indiferentes, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados avançados, que possuem medidas para proteção da população homossexual

Esse engajamento argumentativo será seguido pelo min. Celso de Mello, que, além de trazer os elementos internacionais já mencionados pelos votos anteriores, traz ao debate a carta de Princípios de Yogyakarta. Trata-se de uma carta produzida por juristas numa convenção internacional feita na Indonésia em 2006, liderada pela Comissão Internacional de Juristas.

O princípio n. 24 dessa carta aponta o direito, a qualquer pessoa, independentemente do sexo ou orientação sexual, a constituir família. Além disso, é recomendado aos estados que garantam uma legislação permissiva e garantista desse direito a todos e todas.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio faz a única menção da decisão à Corte IDH, apontando três casos julgados por ela: *v. Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru* e *Gutiérrez Soler versus Colômbia*. As contribuições desses casos serão analisadas em seguida, no próximo tópico de análise do RE. 646.721/2017, em que o Min. é o Relator.

A partir da análise da ADPF n. 132, encontra-se um padrão das decisões do STF, o qual será melhor abordado no tópico 5.4. O engajamento argumentativo da corte, como apresentado em diversos estudos sobre o tema, é bastante diverso. Há inúmeras citações superficiais aos aparatos internacionais em alguns

momentos, mas há um aprofundamento do diálogo em outro (como realizado pelo min. Gilmar Mendes nesta ADPF).

Essa diversidade no diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o direito Internacional é um fator importante para a pluralidade de fontes do direito, o que contribui para o constitucionalismo transformador e o constitucionalismo em rede.

#### 4.2 Recurso extraordinário 646.721/2017

Trata-se de um Recurso a respeito da aplicação do artigo 1790 do Código Civil em relação ao regime sucessório em união homoafetiva. Em primeiro lugar, a constituição brasileira garante o direito à família sem distinções, o que já foi decidido pelo STF na ocasião da ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto.

Além disso, a hierarquização de direitos, para fins sucessórios, entre cônjuges e companheiros não condiz com os princípios de igualdade, dignidade da pessoa e proporcionalidade, presentes na constituição brasileira. Assim, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/1994 e n.º 9.278/1996, e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), está indo contra tais princípios constitucionais.

Dessa forma, a repercussão geral do Recurso ficou de acordo com a seguinte tese: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

A respeito do controle de convencionalidade, o acórdão da decisão, levado ao pleno, faz menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas uma vez, no voto do Relator Min. Marco Aurélio. Essa menção já foi feita pelo Ministro, na ADPF n. 132, analisada anteriormente. O relator aponta que a Corte Interamericana “há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que sem dúvida faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana” (p. 15).

Em seguida, o Ministro cita uma passagem de outra decisão, *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, usando as palavras do então Ministro do caso, Antônio Augusto Cançado Trindade. Ambas as citações que Marco Aurélio faz de casos julgados pela Corte IDH falam sobre a dignidade da pessoa humana e a realização do projeto de vida.

O primeiro caso mobilizado pelo ministro, o *Loayza Tamayo versus Peru*, trata-se de um pedido referente aos seguintes artigos da Convenção IDH: 7 (direito à liberdade), 5 (direito a tratamento humano), 8 (direito a julgamento imparcial) e 25 (direito à proteção judicial). O Peru foi acusado de tortura e tratamento inumado à ativista María Elena Loayza-Tamayo.

O segundo caso, *Cantoral-Benavides v. Peru*, do mesmo contexto e mesma acusação contra o Estado do Peru, além dos artigos da Convenção IDH já citados, acrescenta-se o art. 1 (obrigação do Estado em respeitar os direitos). Também se trata da acusação de tortura e tratamento desumano do ativista Luis Alberto Cantoral-Benavides.

Por fim, o caso *Gutiérrez-Soler v. Colômbia* também se refere a um caso de tortura, mas, nessa ocasião, é contra o Estado da Colômbia. Alegando os mesmos artigos da Convenção IDH já citados, a ação contra o Estado o acusa de tortura e tratamento desumano contra o cidadão Wilson Gutiérrez-Soler.

Dessa forma, nenhum caso mobilizado pelo relator e ministro Marco Aurélio (em ambos os votos) tem relação direta de conteúdo com o mérito julgado em seu voto. Outro ponto, é que o uso dos três casos da Corte IDH ocorre de maneira superficial, usando-os como argumento de autoridade. O Ministro não faz nenhum diálogo aprofundado com as decisões, não explica o contexto e nem discute o mérito dessa decisão. Pode-se observar que ele fez um engajamento argumentativo superficial.

Além disso, essa é a única menção ao direito internacional — de qualquer tipo ou jurisdição — feita nesse Recurso Extraordinário. Os outros votos e argumentações se referem à matéria infraconstitucional.

### 4.3 O Recurso extraordinário 878.694/2018

Relatado pelo Ministro Roberto Barroso, esse Recurso Extraordinário foi julgado conjuntamente com o RE 646721, pois também trata da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, que se refere ao tratamento diferenciado no regime sucessório entre companheiros e cônjuges.

Em primeiro lugar, os pedidos da companheira foram julgados parcialmente procedentes, para lhe atribuir a totalidade da herança deixada pelo seu falecido companheiro, não havendo nenhuma parte para os irmãos do *de cujus*. Essa decisão foi feita com base no entendimento acima exposto, de que o art. 1790 é um retrocesso ilegítimo dos direitos adquiridos da constituição de 1988.

Devido ao tema controvertido, os irmãos entraram com ação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pedindo limitação ao seu direito sucessório em um terço aos bens em regime parcial, excluindo-se os bens próprios do *de cujus*, o qual foi concedido pela corte utilizando o inciso III do art. 1790 do Código Civil.

Em seguida, foi feito um recurso à decisão, em que a companheira sustenta que o regime sucessório, estabelecido no art. 1.790 do CC/2002, é incompatível com o dever estatal de proteção à família (art. 226, §3º, da CF/1988) e com o Princípio da Igualdade (art. 5º, CF/1988) entre as diferentes constituições familiares.

Sobre o assunto, a Procuradoria-Geral da República entendeu dar provimento ao recurso, alegando que “tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contratantes”. Isso se dá porque “se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios” ou ainda, por eles “preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento” (p. 07). O Relator e Ministro Barroso seguiram esse entendimento, dando provimento ao recurso e equiparando o regime sucessório entre companheira(o) e cônjuge.

Nesse recurso, o Min. Marco Aurélio pediu vistas ao seu voto, em que, então, recuperou o seu voto feito no RE. 646.721/2017, citando os três casos da Corte IDH já apresentados no tópico anterior. Os votos dos outros ministros nesse caso não fizeram nenhuma menção a decisões ou julgados da Corte IDH ou de artigos da Comissão IDH.

Mais adiante, a Min. Rosa Weber faz uma discussão com o âmbito internacional a respeito do regime sucessório. Cita que o Brasil é um dos países com maior número de casamentos infantis, sendo necessária atenção especial à legislação nacional a respeito desse caso.

Para fundamentar seu voto, a Ministra usa o famoso caso da Corte Americana que reconheceu o casamento homoafetivo nos Estados Unidos: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). O caso baseou-se na doutrina da *coverture*, a qual defende que os cônjuges se tornam, apenas, uma entidade após celebrado o casamento, para fundamentar o provimento.

Nesse caminho, a min. Rosa Weber inicia um diálogo historiográfico sobre as diferenças do Brasil e outros países em relação ao tratamento da mulher. Busca repercussão na passagem do direito português ao brasileiro, e na consolidação do direito privado nacional.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli faz uma menção aos países que tiveram aprovação dos casos de união homoafetiva sem equipará-lo ao casamento, tais como: França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia. Entretanto, é uma mobilização superficial, apenas citando-os sem estabelecer, de fato, um diálogo com o contexto, seus fundamentos ou a importância para o diálogo com o direito brasileiro.

### 4.4 Análise do controle de convencionalidade do STF nos três casos mencionados

A partir das informações colhidas da análise dessas três decisões do pleno do STF, podemos estabelecer algumas observações conclusivas a respeito do controle de convencionalidade da nossa corte doméstica.

Como abordado no tópico anterior, o STF vem passando por um processo de intensificação das fontes de direito internacional em suas decisões, que ainda está em andamento. Desde os anos 90, mas principalmente a partir da Emenda à Constituição n. 45 aprovada em 2004, a corte busca, cada vez mais, o diálogo com a jurisdição internacional<sup>37</sup>.

A partir dos julgamentos escolhidos neste artigo, compreende-se o quão avançado está esse diálogo no âmbito do direito civil — em sua com os direitos humanos, mais especificamente.

Notadamente, a corte adota, em sua argumentação, o diálogo com o âmbito internacional em duas ocasiões: (i) de modo superficial, usando como argumento de autoridade dentro de seu raciocínio e; (ii) de modo mais aprofundado, mas ainda sem analisar, exaustivamente, o contexto ou o conteúdo das decisões, como forma de situar a doutrina brasileira no mundo. A primeira ocasião é muito mais frequente.

As explicações e motivações das razões pelas quais esse fato ocorre, ou seja, do pouco engajamento argumentativo com o âmbito internacional nas decisões do STF, são inúmeras. Não pretendemos adentrar as explicações, apenas nomear algumas delas: o constitucionalismo em rede é um fenômeno recente; o status supralegal das convenções internacionais tem pouco mais de 10 anos; a corte brasileira recebe muito mais influência da Corte Americana e Alemã do que de cortes internacionais; culto ao bacharelismo; colonialismo doutrinário e o beletismo.<sup>38</sup>

#### 4.5 Há influência do STF brasileiro na Corte ou na Comissão IDH?

Para buscar essa resposta, foram abordados os 13 casos contra a República Federativa do Brasil, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não foram analisadas, nesse tópico, petições de admissibilidade e inadmissibilidade, solução amistosa, mérito e relatórios feitos pela Comissão.

As decisões do STF, nos casos abordados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cumprem a função de situar a doutrina doméstica sobre as matérias abordadas nas petições e decisões. O Supremo é citado somente nos casos de violações contra o Estado brasileiro. O diálogo das cortes domésticas, em casos que não se referem ao país de sua origem, ainda é incipiente.

Os casos julgados pela Corte Interamericana, desde a aceitação do Brasil como Estado membro, são os seguintes: Damião Ximenes Lopes — caso 12.237<sup>39</sup>Gilson Nogueira de Carvalho — Caso. 12.058<sup>40</sup>; Arley

<sup>37</sup> Destaca-se, nesse ponto, a importância do papel dos Tribunais em dizer o direito. Quando se está julgando com base em jurisprudência internacional, a escolha pelo precedente deve ser muito bem fundamentada, já que as fontes são inúmeras. cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.

<sup>38</sup> Para explorar as motivações e as razões desse processo cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.

<sup>39</sup> O Estado Brasileiro é acusado de tratamento em “condições desumanas e degradantes da hospitalização do senhor Damião Ximenes Lopes — uma pessoa com deficiência mental — (doravante denominado “a vítima”) em um centro de saúde que operava dentro do Sistema Único de Saúde brasileiro, chamado *Casa de Repouso Guararapes*”. Damião Ximenes Lopes *v.* Brasil. Caso 12.237. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2004.

<sup>40</sup> O Estado Brasileiro é acusado de possuir “responsabilidade nas ações e omissões relacionadas à investigação sobre o homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, defensor de direitos humanos, bem como pela falta de reparação adequada em favor de Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, mãe e pai, respectivamente, do senhor Nogueira de Carvalho”. Gilson Nogueira de Carvalho *v.* Brasil. Caso n. 12.058. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2005.

José Escher e outros — Caso 12.353<sup>41</sup> Sétimo Garibaldi — Caso. 12.478<sup>42</sup>; Julia Gomes Lund e outros — Caso. 11.552<sup>43</sup>; Cosme Rosa Genoveva, Evando de Oliveira e outros. Casos. 11.566 e 11.694<sup>44</sup>; Fazenda Verde. Caso 12. 066<sup>45</sup>; Povo Indígena Xucuru, Caso, 12.728<sup>46</sup>; Vladimir Herzog e outros. Caso. 12.879<sup>47</sup>; Empregados da Fábrica Santo Antônio de Jesus. Caso. 12.428<sup>48</sup>; Marcia Barbosa de Souza e familiares. Caso 12.263<sup>49</sup>; Gabriel Sales Pimenta, Caso. 12.675<sup>50</sup> e Antonio Tavares Pereira e outros. Caso. 12.727<sup>51</sup>.

Nenhum deles dialoga com o tema delimitado neste artigo: direito de família. Eles se referem a assassinatos de ativistas ambientais e de direitos humanos, demarcação de terras indígenas, violência policial, tortura e condições de trabalho escravo e análogas à escravidão.

Nesses casos, as decisões do Supremo Tribunal Federal são mobilizadas como forma de apontar a responsabilidade do Estado brasileiro na proteção de seus cidadãos nos casos elencados. Dessa forma, as decisões da corte argumentam a respeito da responsabilidade do Estado do ponto de vista interno (da sua própria jurisdição) e do ponto de vista externo (da jurisdição internacional e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

<sup>41</sup> O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade decorrente da interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni (doravante denominados “vítimas”), membros das organizações sociais Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (doravante denominada ADECON) e Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (doravante denominada COANA), duas organizações associadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (doravante denominado MST), realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná, bem como pela denegação de justiça e reparação adequada, em detrimento das vítimas”. Arley José Escher et al. *n.* Brasil. Caso. 12.353. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006.

<sup>42</sup> O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998. Nessa data um grupo de aproximadamente 20 pistoleiros realizou uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. Sétimo Garibaldi *n.* Brasil. Caso 12.478. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2007.

<sup>43</sup> O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (doravante “PCdoB”) e camponeses da região, (doravante “as vítimas” ou “as vítimas desaparecidas”) (*infra* paras. 105 e 106), como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985)”. Julia Gomes Lund e outros *n.* Brasil. Caso. 11.552. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2009.

<sup>44</sup> “Em ambas petições, alega-se que agentes do Estado — oficiais da Polícia Civil do Rio de Janeiro — perpetraram execuções extrajudiciais e abuso sexual<sup>3</sup> contra as supostas vítimas durante incursões policiais realizadas na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, em 8 de maio de 1995 e 18 de outubro de 1994”. Cosme Rosa Genoveva *n.* Brasil, Caso 11.566. Corte Interamericana de Direitos Humanos. e 2011. Evando de Oliveira e outros *n.* Brasil. Caso. 11.694. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2011.

<sup>45</sup> Trata-se de investigação de trabalho escravo e análogo à escravidão na Fazenda Verde no Sul do Estado do Paraná. Fazenda Verde *n.* Brasil. Caso. 12.066. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2011.

<sup>46</sup> O Estado brasileiro é acusado pela “suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana” ou “a Convenção”), em relação com as obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco”. Povo Indígena Xucuru *n.* Brasil. Caso. 12.728. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.

<sup>47</sup> Trata-se da “violação de direitos humanos em prejuízo do jornalista Vladimir Herzog (doravante, também, “o jornalista” ou “Herzog”) e seus familiares”. Vladimir Herzog e outros *n.* Brasil. Caso. 12.879. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.

<sup>48</sup> Trabalho escravo dos funcionários dessa fábrica, onde o Estado brasileiro tem responsabilidade pela violação de direitos Humanos de mais de 70 trabalhadores da fábrica. Trabalhadores da Fábrica Santo Antônio de Jesus e outros *v.* Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2018.

<sup>49</sup> Responsabilidade da República do Brasil pelo “assassinato de Márcia Barbosa de Souza por um ex-deputado estadual em junho de 1998, bem como pela situação de impunidade subsequente”. Marcia Barbosa de Souza e familiares *n.* Brasil. Caso. 12.263. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2019.

<sup>50</sup> Responsabilidade do Brasil pelo “assassinato do defensor de direitos humanos Gabriel Sales Pimenta, bem como pela impunidade que se seguiram aos fatos. Alega-se que tanto os direitos de Gabriel Sales Pimenta quanto os de sua família foram violados”. Gabriel Sales Pimenta *n.* Brasil. Caso. 12.675. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2019.

<sup>51</sup> O Estado Brasileiro é acusado do “assassinato do trabalhador rural Antonio Tavares Pereira, bem como pelas lesões corporais sofridas por outros 185 trabalhadores rurais (“supostas vítimas”) — supostamente infligidas por agentes da polícia militar do estado do Paraná, durante a repressão de uma marcha pela reforma agrária realizada em 2 de maio de 2000 — e pela impunidade que se seguiu aos fatos”. Antonio Tavares Pereira e outros *n.* Brasil. Caso. 12.727. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2020.

O diálogo, observado nessas decisões, não é visto da mesma forma que a argumentação dos ministros do Supremo, em que o engajamento é muito mais superficial e contido.

## 5 Considerações finais

Dessa forma, analisou-se neste artigo a definição de *Ius Constitutionale Commune* e sua relação com o contexto latino-americano, especificamente o caso brasileiro. Dentre as estratégias usadas por essa forma de constitucionalismo transformador, destaca-se o ativismo judicial, a supraestatalidade e o pluralismo dialógico. Observou-se que essas estratégias são aplicadas, de maneira contida, em nosso ordenamento.

Em seguida, foi analisado o contexto constitucional brasileiro no que diz respeito às mudanças internas sofridas pelo nosso sistema constitucional e infraconstitucional. Houve a consolidação de uma tendência de abertura do texto para racionalidades jurídicas externas, como as convenções internacionais e constituições de outros países. Entretanto, por ser uma empreitada recente, não há a profundidade necessária para alcançar os objetivos propostos pelo ICCAL.

Ainda, para trazer uma visão mais concreta da realidade, apresentou-se, com base na análise de três decisões do STF, o diálogo dos Ministros e Ministras com esses dispositivos do Direito Internacional no que concerne ao Direito de família. Pode-se encontrar não somente a insuficiência apresentada abstratamente acima, mas ainda um engajamento muito mais ligado às tradições Estadunidenses e Europeias. Portanto, é mister a aproximação do STF com o contexto latino-americano na busca pelo ICCAL na América Latina.

Nesse sentido, uma vez analisados os acórdãos do STF que citam precedentes da CIDH, no escopo apresentado, é possível dizer, como base na classificação de Vicki Jackson, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro está inserido em um modelo de engajamento argumentativo, que busca juntar os modelos de convergência (que compreende universalmente os precedentes internacionais) e o de resistência (que os rejeita completamente). Isso porque ele busca, na verdade, assumir “que tais precedentes têm uma carga informacional relevante”,<sup>52</sup> mas isso pouco se reflete no conteúdo das decisões em si.

Esse modelo assume uma postura intermediária e crítica da Corte, pois “concilia aspectos universais e particularidades locais, por meio da argumentação e da reflexão crítica”<sup>53</sup>. Entretanto, como observado, o engajamento, ainda, é superficial e pouco presente nos julgamentos.

A Corte usa o âmbito internacional pela sua função *informativa*, de contribuir com o pluralismo de fontes presentes no sistema brasileiro. Ainda usa pouco as funções *argumentativas* e a de elevação dos *standards* constitucionais. Essas duas últimas são feitas por alguns ministros de forma esparsa.

Apesar de o modelo híbrido ser uma boa definição global da atuação da corte<sup>54</sup>, em nosso caso, na atuação concreta dos três casos elencados, a definição de Vicki Jackson explica, perfeitamente, o comportamento decisório do STF. O engajamento com a jurisdição internacional, ainda, é bastante limitado, sendo notado um diálogo superficial principalmente como argumento de autoridade ou situando o Brasil mundialmente. A situação, ainda, é pior quando se fala do Sistema IDH e da Corte IDH, ainda menos citada pelos ministros.

Por essa razão, é possível concluir que, a respeito dos temas de Direito de família analisados, o engajamento da corte constitucional é insuficiente, considerando-se as possibilidades de abertura disponíveis

<sup>52</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 99.

<sup>53</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.

<sup>54</sup> No artigo, os autores fazem uma análise global da atuação da corte, delimitando um campo de estudo de 10 anos, totalizando dezenas de decisões de diversos temas. O nosso caso é muito mais reduzido. A incompletude da divisão de Jackson para explicação da atuação do STF brasileiro apresentada por Mello e Meneses nesse artigo não foi observada no escopo proposto por esse artigo.

em nosso contexto. Além disso, pode-se perceber um uso mais informativo, ligado ao bacharelismo, do que efetivamente um uso dialógico buscando solucionar os dilemas nacionais. Para sanar esses objetivos, são preteridas, ainda, questões jurídicas nacionais. Outrossim, observa-se que, nas poucas vezes que há o diálogo internacional, ele ocorre com os Estados Unidos ou com países europeus, os quais estão distantes do contexto no qual o Brasil se insere, que naturalmente buscarão paradigmas e soluções diferentes. Dessa forma, para buscar um *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, é necessário não somente um diálogo mais abrangente, mas um diálogo mais local, preocupado com o contexto continental no qual nosso país está inserido.

## Referências

- ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 50-54, 2019.
- BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Relator Ministro Ayres Britto. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 646.721*. Relator Ministro Roberto Barroso. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 24 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 878.694*. Relator Ministro Roberto Barroso. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.
- CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CIDH. Antonio Tavares Pereira v. Brasil. *Caso 12.727*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BR\\_12.727\\_PT.PDF](http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BR_12.727_PT.PDF). Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Arley José Escher v. Brasil. *Caso 12.353*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso12353port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Damião Ximenes Lopes v. Brasil. *Caso 12.058*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso12058port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares v. Brasil. *Caso 12.428*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428Fondopt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Gabriel Sales Pimenta v. Brasil. *Caso 12.675*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2020/BR\\_12.675\\_PT.PDF](http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2020/BR_12.675_PT.PDF). Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Julia Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. *Caso 11.552*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11552port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Márcia Barbosa de Souza e Familiares v. Brasil. *Caso 12.263*. Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.PDF>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Povo Indígena Xucuru v. Brasil. *Caso 12.728*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Rosa Genoveva v. Brasil. *Caso 11.566*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/11566FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Sétimo Garibaldi v. Brasil. *Caso 12.478*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11478port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil. *Caso 12.066*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Vladmir Herzog v. Brasil. *Caso 12.879*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina*: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: LPM, 2019.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Desafíos de la interamecanización del derecho: la contribución del ius constitutionale commune. *Revista de Derecho Político*, n. 97, sep./dic. 2016.

- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Ius constitutionale commune en América Latina, de Armin von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi. *Revista Co-herencia*, v. 13, n. 24, ene./jun. 2016.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Variaciones en torno a la ‘interamericanización’ del derecho: a propósito del ius constitutionale commune. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, n. 36, 2016.
- GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. Social rights & the engine room of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2013.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.
- JACKSON, Vicki C. Constitutions as “Living Trees”? comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.
- LEAL, Mônica Clarissa; VARGAS, Eliziane Fardin de. O ius constitutionale commune e sua conformação na corte interamericana de direitos humanos: alguns aspectos teóricos. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 25, set./dez. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CLETO, Vinicius Hsu. A universalidade dos direitos humanos na prática: o direito ao casamento homossexual na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 188-202, set./out. 2018.
- PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: una nueva mirada frente ao covid-19. *Anuario de Derechos Humanos*, n. esp., p. 35-58, 2020.

PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, Morales Maria (coord.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, 2014.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do sistema interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.