

A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO HOMOAFETIVA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO *ATALA RIFFOY NINÃS VERSUS CHILE.*

JEANCEZAR DITZZ DE
SOUZA RIBEIRO¹

RESUMO: O trabalho apresenta o caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de fevereiro de 2012. No que se refere à proibição da discriminação baseada em orientação sexual é o primeiro caso julgado pela Corte concernente à violação aos direitos da diversidade sexual. O marco teórico é o da teoria crítica de Herrera-Flores (2009), em que o Direito não é fim em si mesmo, mas meio, por isso a necessidade de mobilização humana no exercício do pleno direito de participação. Nesse sentido, o objetivo do trabalho é

avaliar as consequências das esmagadoras formas de submissão dos grupos humanos, que vão da violência física ao controle imaterial de suas liberdades de expressão, castrando os direitos das minorias de gênero e autorizando ou fechando os olhos diante das discriminações contra as minorias sexuais. Por fim, procura-se demonstrar, à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva da implementação da decisão, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere ao princípio da igualdade, é caracterizada por ser uma cláusula aberta de forma a incluir a categoria da orientação sexual, impondo aos Estados a obrigação geral de assegurar o exercício de direitos, sem qualquer forma de discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; discriminação por orientação sexual; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This paper presents the *Atala Riffo y niñas versus Chile*, decided by the Inter-American Court of Human Rights, on 24 February 2012. It is the first case decided by the Court concerning the violation of rights of sexual diversity and discrimination against gays. This paper is based on critical theory of Herrera Flores (2009), in which the law is not an end, but something else, and the law needed to be possessed for human mobilization in the exercise of full participation. In this sense, the objective is

¹ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) - Largo São Francisco (2011-2015). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto/UFOP (2003) e Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal

Fluminense/UFF (2007). É Professor de Direito Internacional no Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, Unilasalle/RJ (desde fevereiro de 2010). É Professor Adjunto de Direito Internacional na Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ).

to assess the consequences of overwhelming forms of submission of human groups, ranging from physical violence to immaterial control of their freedoms of expression, castrating the rights of gender minorities and authorizing or closing his eyes to the discrimination against sexual minorities. Finally, we seek to demonstrate, in the light of a dynamic and evolving understanding of the implementation of the decision, that the American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, in relation to the principle of equality, it is characterized by being a “open clause” to include the orientation category sexual, impose to the States the general obligation to ensure the exercise of rights without discrimination.

KEYWORDS: Equality; LGBT’s discriminations; Inter-American Court of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Livre e iguais: a igualdade na era da “universalidade” dos Direitos Humanos. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). 4. Proibição da Discriminação por Orientação Sexual. 5. O Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é falar sobre a outra ponta da luta pelos direitos humanos. Não bastou o mero reconhecimento jurídico ao se declararem direitos universais, pois “os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional”. Na perspectiva crítica dos Direitos Humanos, “admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso”¹.

Destarte, “quando a crença nos direitos humanos se torna mais difundida, temos de enfrentar o mundo que foi forjado por esse esforço”, prosseguindo, nesse sentido, “temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer, o tempo todo que eles são nós”². Os torturadores não podem ser tolerados, mas ao mesmo tempo não devem ser desumanizados.

Em razão disso, propõe-se aqui a análise da primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação por orientação sexual (*homoafetividade*), “à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva”³. Visto que as profundas marcas deixadas no tempo sobre perseguições e extermínios de *gays*, ainda estão latejando hoje em dia, e demandam esforços para efetivar a proteção dessas minorias sexuais como um grupo social.

Assim, o *leading case Atala Riffo y niñas versus Chile*, é o primeiro caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos concernente à violação aos direitos da diversidade sexual, “inexistindo, portanto, um universo de precedentes a permitir a criação de uma tipologia de casos”⁴. Em outros termos, é o *direito fundamental à livre orientação sexual*, no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, “de preferência sexual e

¹ HERERA-FLORES, Joaquín. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

² HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 28 *et seq.*

³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 443.

⁴ *ibidem*, p. 443.

afetiva de cada um”, não podendo dessa diferença na afetividade ser extraída nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos⁵.

Portanto, não se pode construir direitos humanos autônomos, ou seja, “sem contato com as realidades ‘reais’ nas quais vivemos; neutros e conseguidos de uma vez por todas”⁶. Afinal, o que se quer, é estabelecer uma maior participação “democrática-emancipadora”⁷, visto que “os problemas sempre afetam os menos favorecidos pelos sistemas de poder, e as convenções de direitos têm uma forte carga de assunção de deveres e responsabilidades”⁸.

A liberdade entre os indivíduos e a prosperidade das nações não foram suficientes para garantir o respeito à dignidade humana e ao multiculturalismo. Por vezes, ocorreu o oposto, visto que a “liberdade” serviu, em algumas circunstâncias, para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos; agravar as formas de opressão e instalar diferenças injustas.

A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade estão intimamente relacionadas a um sistema que necessita proteger os mais fracos e os desfavorecidos, promovendo as medidas necessárias à transformação da sociedade em uma perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar. Nessa mesma linha de raciocínio, Habermas defende que

As autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política⁹.

Estar em pleno gozo de participação dos direitos é usufruir dos meios na hora de garantir o resultado das lutas e dos interesses sociais. Em suma, a construção simbólica da

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 487.

⁶ HERRERA-FLORES, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 44.

⁷ Herrera-Flores, *op. cit.*, p. 102, vai dizer que “a versão imperialista-colonialista do conhecimento deve ser superada por um tipo de conhecimento democrático-emancipador, cujo objetivo seja a implantação de relações de solidariedade entre nós e os outros”.

⁸ *ibidem*, p. 97.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149.

violência e do extermínio de minorias de gênero dialogam com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação homoafetiva, conforme se pretende demonstrar.

2. LIVRES E IGUAIS: A IGUALDADE NA ERA DA “UNIVERSALIDADE”¹⁰ DOS DIREITOS HUMANOS¹¹

Em primeiro aspecto, é preciso considerar, a ascensão do indivíduo como sujeito pleno do Direito Internacional contemporâneo, que trouxe impacto relevante na mudança quanto ao entendimento sobre o princípio da igualdade jurídica formal para algo mais afirmativo e propositivo, aplicável aos *gays*. Pode-se afirmar que a ascensão do indivíduo como sujeito “é “a mais considerável transformação em relação conceito clássico e estático das relações estritamente interestatais”¹².

Para Ferrajoli, no mesmo sentido, no novo ordenamento jurídico internacional, são de fato sujeitos de Direito Internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os “povos”: os primeiros como titulares, como confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; “os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1º dos Pactos”. Para dimensionar no plano teórico a mudança ocorrida, o quanto teria sido impensável, antes da Carta da ONU, o recurso de um cidadão contra o próprio Estado perante uma jurisdição internacional¹³.

¹⁰ Segundo a perspectiva crítica, “Direitos humanos” é o diálogo intercultural, o processo de luta pela dignidade. Eles não são um fim em si mesmos, são produtos culturais e, portanto, não podem ser universais, dado que existem muitas formas diferentes de se buscar a dignidade. Cf. HERRERA-FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, *passim*.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho, *ibidem*, p. 473.

¹² Para Paulo Borba Casella, “a emergência do ser humano como sujeito de direito internacional pós-moderno é a mais considerável transformação em relação ao conceito clássico e estático das relações estritamente estatais. A passagem das relações estatais diretas à institucionalização destas, por meio de ‘interpostas pessoas’, as organizações internacionais representam avanço considerável rumo à institucionalização do direito internacional”, CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1352.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e contra qualquer incitamento à discriminação. No plano do Direito Internacional, verificou-se um processo de amplo reconhecimento de direitos de igualdade mediante sua incorporação em diversos tratados ou convenções, sejam eles de amplitude universal, como no caso do artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, de acordo com o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei, sejam eles de abrangência regional, como é o caso da Convenção Americana de e Direitos Humanos (1969), cujo artigo 24, de modo quase idêntico ao disposto no Pacto de Direitos Civis e Políticos, preceitua que todas as pessoas são iguais perante lei¹⁴.

Por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. Os tratados de Direitos Humanos, segundo a melhor doutrina, uma vez ratificados pelos Estados, assumem a condição de normas de caráter vinculante, além de preverem cláusulas gerais, em parte também preveem cláusulas especiais de igualdade ou foram complementados por outros documentos destinados a combater as mais diversas modalidades de discriminação, como é o caso das Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979), bem como, mais recentemente, da Convenção sobre pessoas com deficiência, apenas para citar os exemplos mais conhecidos¹⁵.

Por outro lado, a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério material de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana¹⁶. Resulta evidente que não se esgota o papel da dignidade da pessoa humana para a compreensão do

¹⁴ SARLET, Ingo. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 540 *et. seq.*

¹⁵ SARLET, *ibidem*, p. 540.

¹⁶ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Estudos sobre o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 61.

princípio da igualdade e dos direitos de igualdade, o que pode incluir à igualdade de tratamento de minorias sexuais e a proibição de discriminação, por exemplo.

Anterior à criação da Organização das Nações Unidas, o Instituto de Direito Internacional, em sessão de 12 de outubro de 1929, adotou uma Declaração Internacional dos Direitos do Homem que apresenta a igualdade como direito fundamental do ser humano. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948¹⁷, no mesmo sentido, prevê logo nas primeiras linhas do Preâmbulo que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. No artigo II enumera que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra distinção.

O direito de igualdade perante a lei é expressamente reconhecido no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 reafirma que todas as pessoas são iguais perante a lei e, por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei¹⁸.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos o direito à igualdade e não discriminação, acolhidos no Pacto de São José da Costa Rica, têm como fundamento na unidade da natureza do indivíduo e é inseparável de sua dignidade essencial, frente à qual é intolerável toda situação que considere determinado grupo superior diferente ou separado, o que leva a privilegiá-lo no tratamento. Considera que é inadmissível criar diferenças de tratamento entre os indivíduos que não correspondam à sua única e idêntica natureza. E, em função do reconhecimento da igualdade perante a lei, proíbe-se todo tratamento discriminatório¹⁹.

¹⁷ Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. O Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 1.1, amplia o sentido das vedações às distinções. *Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

¹⁸ O Pacto de São José da Costa Rica foi concluído e assinado em São José em 22 de novembro de 1969. O Brasil aderiu ao Pacto em 25 de setembro de 1992, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. A entrada em vigor internacional ocorreu em 18 de julho de 1978.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Condição jurídica e direitos humanos da criança*. Opinião Consultiva 17/02, de 28.08.2002, Série A n. 17, parágrafo 45; *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização* OC-4/84, de 19.01.1984, Série A n. 4, parágrafo 55; e *Condição*

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o direito à igualdade como um princípio do *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do Direito Internacional, aplicável a todo Estado. Para a Corte, o princípio da igualdade possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos Direitos Humanos, tanto no Direito Internacional como no interno, é um princípio de direito imperativo. Os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico qualquer regulamentação discriminatória, de eliminar as regulamentações e as práticas de caráter discriminatório. Devem os Estados estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade diante da lei de todas as pessoas²⁰.

Há um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem nenhuma discriminação. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e de garantir os direitos humanos, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado violador²¹.

Em uma perspectiva histórica, pode-se afirmar que a igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam expressão política direta pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, adverte Fabio Konder Comparato, que a reinvenção política da democracia foi a fórmula encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais grupos do antigo regime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. De qualquer modo, não deixa de ser um feito notável da primeira geração dos direitos humanos e da legitimidade democrática. Os contornos

Jurídica e direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados. OC 18/03, de 17.09.2003, Série A n. 18, parágrafo 87.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23.06.2005, Série C n. 127, parágrafo 185.

²¹ CIDH. *Condição Jurídica e Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados*. OC 18/03 de 17.09.2003, Série A, n. 18, parágrafo 85; 95; 96, e 106.

atuais do Estado Moderno, por sua vez caracterizam-se pela valorização do indivíduo²² e pela conquista dos direitos individuais no plano internacional. Manifesta-se em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado²³.

O indivíduo é consagrado à categoria de sujeito de Direito Internacional Público, com fundamento na Carta da Organização das Nações Unidas em 1945, os pactos de direitos civis e políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as convenções estabelecidas para garantir a proteção de direitos específicos, bem como dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nesse ensejo, foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo²⁴. O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos está dividido em dois grandes níveis, o global, cuja competência está a cargo da Organização das Nações Unidas e os chamados sistema regionais, que se compreendem a partir do componente geográfico-espacial²⁵.

A proteção de direitos humanos nas Américas, por sua vez, é formada essencialmente por quatro importantes diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos sociais e econômicos²⁶. Um dos órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos é a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, uma instituição judicial autônoma e especializada, não sendo um órgão da OEA, mas da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo previsão do artigo 33 da Convenção. A Corte tem a função de aplicação, de observação dos

²² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Salamandra Editorial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981 e 1999.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

²⁴ ALMEIDA, Guilherme. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 305.

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

julgamentos e da condenação dos Estados-membros violadores das regras que compõem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A Corte tem jurisdição internacional sobre os Estados membros do Pacto de São José da Costa Rica, como o Brasil²⁷.

Cançado Trindade, ex-juiz presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma que em meados do século XX reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloquente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. E como denominador comum do *direito universal da humanidade* tem sido a atenção especial às condições de vida da população, em especial os grupos vulneráveis necessitados de proteção especial. O que resulta o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento das normas de proteção dos Direitos Humanos.

A reconstrução humanista do Direito Internacional em busca de um novo *jus gentium* constituiu um imperativo. A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando por fundamento conceitual cânones inteiramente distintos dos do ordenamento meramente interestatal, como o são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção²⁸.

Com efeito, continua o atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, os grandes desafios de nossos tempos – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica e das discriminações, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles, e a busca do desenvolvimento humano – têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo, tendendo a fazer a abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando muitas vezes a ênfase para a noção de solidariedade²⁹.

²⁷ MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

²⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI (2001). In. **O direito internacional em um mundo em transformação** (Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1076.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade – Discurso proferido pelo Autor na sessão solene da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, por

Sobre a subjetividade internacional do ser humano, nas palavras de Florisbal de Souza Del’Olmo, o Estado como sujeito do Direito Internacional não é fim, mas sim o meio; e que “subordinar, portanto, o ser humano à boa vontade estatal é ilógico, incongruente e impensável nos dias atuais”³⁰.

Um dos fundamentos do indivíduo como titular de personalidade jurídica no âmbito internacional é o acesso aos tribunais regionais de direitos humanos, uma possibilidade que está à disposição da pessoa humana. A personalidade internacional do ser humano deve ser admitida como uma realidade, buscando adequar os mecanismos que conduzam a sociedade internacional a uma desejável harmonia e espírito solidário.

O direito à igualdade é uma “*exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna*”. É importante ressaltar que o caminho para a afirmação dos direitos humanos, encontra eco no princípio da igualdade. Os grupos sociais mais vulneráveis, por sofrerem permanentemente violação de direitos fundamentais, por exemplo, necessitam de uma proteção especial, segundo o entendimento sobre a Conferência das Mundial de Direitos Humanos de 1993. Por essa razão, a tarefa do jurista é impor a igualdade de todos, *gays* ou não³¹.

3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição de natureza judicial autônoma e especial, tem a função de aplicar, observar, julgar e condenar os Estados-mem-

ocasião da outorga da medalha de Honra ao Mérito “Pontes de Miranda”, realizada no Rio de Janeiro, em 25 de maio de 2004. In. MENEZES, Wagner (coordenador). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. v. 1 – Agosto/Dezembro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 9.

³⁰ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade do ser humano: algumas reflexões, p. 702. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 689-706.

³¹ MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia, p. 94, *apud* RAMOS, *op. cit.*, 2014, p. 489 *et seq.*

bros que violam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dos Estados que declararam a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Tem sede em São José, na Costa Rica, e tem como idiomas de trabalho o inglês e o espanhol³².

Seja por meio da natureza consultiva ou contenciosa, a Corte Interamericana tem contribuído ao máximo para a proteção dos Direitos Humanos nas Américas, reforçando a necessidade e a importância do Sistema Interamericano: O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção dos Direitos Humanos. “O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região”³³. O sistema interamericano de Direitos Humanos procura combater a impunidade e assegurar às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita.

Acredita-se, portanto, que a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. A soberania do Estado submete-se a regras jurídicas, com a prevalência dos Direitos Humanos. “Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e revitalização, em prol da proteção dos Direitos Humanos”³⁴. Cançado Trindade reforça essa ideia ao dizer que “nenhum Estado se encontra eximido de responder, por seus atos e omissões, a denúncias de violações de Direitos Humanos, ante órgãos de supervisão internacional”³⁵.

4 A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A ideia de proteção das minorias por orientação sexual e identidade de gênero é bastante simples, os direitos fundamentais não admitem exceções. “E se aplicam a todos os seres humanos, em decorrência de sua condição básica da humanidade, inclusive em

³² MENEZES, *ibidem*, 2013, p. 188 *et seq.*

³³ PIOVESAN, *ibidem*, 2011, p. 342.

³⁴ *ibidem*, 2011, p. 92.

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. In. MENEZES, Wagner (coordenador). *ibidem*, 2013, p. 84.

relação à orientação sexual e à identidade de gênero”. Ressalta que, embora incipiente na ordem internacional, os *Princípios de Yogyakarta*, adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, propõe normas para aperfeiçoar a proteção de todos, em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero³⁶.

Flávia Piovesan, atual comissária interamericana de Direitos Humanos, ressalta a resolução da Assembleia Geral da OEA, de 7 de junho de 2011, no qual os Estados condenam toda e qualquer discriminação e violência fundada em orientação sexual, encorajando a adoção de políticas públicas de combate à discriminação por orientação sexual e para a proteção de suas vítimas³⁷.

Assim seguem as propostas de direitos humanos, perseguidas pelo Direito Internacional. Não podendo esquecer que o pensamento crítico demanda a busca permanente da exterioridade em relação ao sistema dominante. Estamos em um período em que as críticas devem se unir para enfrentar as políticas liberais e a mundialização de uma só forma de entender as relações sociais: a neoliberal. Por isso, Herrera (2009) aponta que uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre os pilares do reforço das garantias reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o *empoderamento* dos grupos mais desfavorecidos, lutando por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito³⁸, o que aqui se vislumbra na defesa e na promoção da igualdade de minorias sexuais.

³⁶ CASELLA, Paulo Borba. “A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero”, p. 185. In: JUBILUT, Líliliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à diferença**: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 445. Prossegue a autora no sentido de que “por sua vez, em 3 de novembro de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu uma ‘unidade para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bissexuales e intersexuais’. Para a Comissão Interamericana: ‘la orientación sexual y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La CIDH há enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidade para desarrollar la própria personalidad y aspiración y deter su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quién, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar”.

³⁸ HERRERA-FLORES, *op. cit.*, 2009, p. 59.

5 O CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VERSUS CHILE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os fatos deste caso estão relacionados com o processo de custódia ou guarda levado aos tribunais chilenos pelo pai das três crianças (*niñas*) contra Karen Atala Riffo, considerando que a orientação sexual da mãe (publicamente lésbica) e de estar com um casal do mesmo sexo iria produzir danos para as três filhas. A este respeito, a CIDH teve de decidir, *inter alia*, a responsabilidade internacional do Estado chileno para o alegado tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a Sra. Atala, por causa de sua orientação sexual, no processo judicial resultou na remoção do cuidado e da custódia de suas filhas M., V. e R. Para este efeito, a Corte analisou, entre outros, os argumentos apresentados pelo julgamento da Corte Suprema de Justiça do Chile e da decisão do Tribunal de Menores da guarda provisória³⁹.

Deste modo, a Corte declarou que **não** desempenha funções de "quarta instância", razão pela qual não caberia à Corte IDH estabelecer se a mãe ou o pai das três meninas poderiam oferecer o melhor lugar para as crianças. A Corte não poderia valorar as provas para decidir sobre a guarda das crianças, aspectos que estão fora do âmbito deste caso.

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi declarado o Chile internacionalmente responsável por ter violado: i) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e de garantia) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; ii) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com os artigos 19 (direitos) e 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R.; iii) o direito à privacidade consagrado no artigo 11.2 (proteção da honra e da dignidade), em conjugação com o artigo 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; iv) os artigos 11.2 (proteção da honra e da dignidade) e 17,1 (proteção

³⁹ Ficha técnica do Caso Atala Riffo y niñas versus Chile. *Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Sentencia de 24 de febrero de 2012* (Fondo, reparaciones y costas). Disponível em: <www.corteidh.org.cr>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

da família) em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e meninas M., V. I.; v) o direito de ser ouvido, consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), conjugado com os artigos 19 (direitos) e 1.1 (obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R., e vi) garantir a equidade consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em detrimento de Karen Atala Riffo.

A Corte reiterou que o artigo 1.1 da Convenção americana de Direitos Humanos é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, e dispõem sobre a obrigação dos Estados partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e das liberdades reconhecidos na Convenção, sem discriminação alguma. Qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que pode ser considerado discriminatório viola e é incompatível com os direitos previstos na Convenção.

Além disso, em respeito ao direito à igualdade e não discriminação, a Corte estabeleceu que a orientação sexual e a identidade de gênero também são categorias protegidas pela Convenção Americana, ao mencionar, “outra condição social”, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção. Por isso está vedada qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa. Em consequência nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual.

Por fim, extraindo um conceito significativo de Cançado Trindade, dizer que a consciência humana desperta para sua importância, é dizer que ela mesma é fonte material última do direito. Razão pela qual, não se pode afastar que, tratando-se do bem maior da existência humana, não se pode pensar em um direito que se sustenta sem os que controlam seu funcionamento, ou seja, os seres humanos e sua diversidade. “Assim, permitindo que o princípio da tolerância atue, possibilitando, então, a coexistência igualitária de todos e de todas no interior de uma comunidade política”⁴⁰.

⁴⁰ HABERMAS, *op. cit.*, 2001, p. 161.

6. CONCLUSÃO

Por tudo exposto, pode se concluir que, com base nos argumentos desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso analisado, que *a igualdade é inseparável da dignidade essencial de cada pessoa, frente à qual toda situação que, por considerar superior um determinado grupo implique tratá-lo com privilégios. Ou que, por considerá-lo inferior o trate com hostilidade, ou o trate com discriminação no gozo de direitos reconhecidos.*

Não menos atento a proposta de que a ampliação da interpretação da ideia de igualdade, para incluir a igualdade de gênero, bem como a proibição da discriminação, atende a uma lógica internacional de proteção dos direitos humanos, pode-se dizer também que os direitos humanos foram “inventados”⁴¹ e devem continuar suas “(re)invenções”⁴² interagindo “relacionalmente”⁴³ mais a partir do que vêm de baixo, assumindo desde o início uma perspectiva contextual e crítica, emancipadora⁴⁴. Isso porque, ao contrário da visão tradicional do direito, na qual grande parte das abordagens teóricas buscavam compreender a natureza dos direitos resultando em puras abstrações, em vazias declarações de princípios ou em meras confusões com categorias afins, urge-se a implementação de uma nova perspectiva, na qual a abordagem dos direitos não deve ser simplificada ou mesmo reduzida sua complexidade, visto que isso poderia implicar sempre na deformação de perigosas consequências para os que sofrem a cada dia as injustiças de uma ordem global baseada na desigualdade e na invisibilidade das causas profundas de seu empobrecimento.⁴⁵

Assim, a partir de uma interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, caracteriza-se o artigo 1º, da proibição de qualquer forma de discriminação, como uma cláusula aberta, de forma que inclui a *homoafetividade*, impondo aos Estados a obrigação de assegurar o exercício desses direitos. Para a Corte

⁴¹ Cf. HUNT, Lynn. *Op. cit.*, 2009,

⁴² Cf. HERRERA-FLORES, Joaquín. *Op. cit.*, 2009.

⁴³ Expressão apontada por Bourdieu, quando destaca o real relacional. BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004, p. 28.

⁴⁴ HERRERA-FLORES, *Op. Cit.*, 2009, p. 18.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 42.

Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da igualdade e da proibição de discriminação sexual ingressou no domínio das chamadas normas imperativas de Direito Internacional geral, *jus cogens*, amparando a ordem pública nacional e internacional que permeia todo ordenamento jurídico. Por fim, a Corte informa que *a falta de consenso no interior dos países sobre o pleno respeito a direitos de minorias sexuais não pode ser considerada como um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes direitos humanos ou perpetuar ou reproduzir discriminações históricas ou estruturais que estas minorias tenham sofrido*.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Salamandra Editorial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981 e 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004.
- BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos**. Promulgada pelo Dec. 678, de 06 de novembro de 1992.
- CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Condição Jurídica e Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados**. Opinião Consultiva 18/03 de 17.09.2003, Série A, n. 18, parágrafos 85; 87; 95; 96 e 106.
- _____. **Condição jurídica e direitos humanos da criança**. Opinião Consultiva 17/02, de 28.08.2002, Série A n. 17, parágrafo 45.
- _____. **Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização** Opinião Consultiva 04/84, de 19.01.1984, Série A n. 4, parágrafo 55.
- _____. **Caso Atala Riffo y niñas versus Chile: Fondo, reparaciones y costas**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012.
- _____. **Caso Yatama vs. Nicarágua**: sentença de 23.06.2005, Série C n. 127, parágrafo 185.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade do ser humano: algumas reflexões, p. 702. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**:

- estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GARCIA, Maria da Glória F P D. **Estudos sobre o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional – ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. Tradução de Tito Lívio da Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HERRERA-FLORES, Joaquín. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- _____. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009
- HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 7ª ed. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185
- RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações internacionais: textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo)**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed., revista e atual. – São Paulo: Cortez, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. In. MENEZES, Wagner (coordenador). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. v. 1 – Agosto/Dezembro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.