

A INTERCONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL NO “CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VERSUS CHILE”

Ana Clara Cunha Daltro*

RESUMO: O artigo pretende tratar do direito à proibição de discriminação pela orientação sexual, com base na análise crítica do “*Caso Atala Riffo e crianças versus Chile*”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bem como, compreender como a Interconstitucionalidade foi utilizada pela Corte no referido caso e sua importância na evolução de questões relacionadas a temas como a homoafetividade e a não discriminação pela orientação sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Interconstitucionalidade. Proibição de discriminação. Orientação sexual.

ABSTRACT: The article intends to address the right to prohibit discrimination based on sexual orientation, based on a critical analysis of the “*Case Atala Riffo and children versus Chile*”, judged by the Inter-American Court of Human Rights. As well as, understand how Inter Constitutionality was used by the Court in this case and its importance in the evolution of issues related to issues such as homo-affection and non-discrimination due to sexual orientation.

KEYWORDS: Inter Constitutionality. Prohibition of discrimination. Sexual orientation.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Interconstitucionalidade; 3 Interconstitucionalidade na América Latina; 4 Princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual; 5 O direito à proibição de discriminação pela orientação sexual no “*Caso Atala Riffo e Crianças Versus Chile*”; 5.1 Breve relato dos fatos; 5.2 O direito à proibição de discriminação pela orientação sexual; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A globalização e as suas consequências, como os avanços científicos e tecnológicos, o corporativismo, o intenso aumento da onda migratória, a pluralidade cultural, as transformações econômicas, o desmatamento e o crescimento do buraco na camada de ozônio, os conflitos armados e o aumento da necessidade por parte dos Estados de se integrar regionalmente em territórios transnacionais e supranacionais, fez nascer uma crise no antigo conceito de Constituição. Onde os textos legais internos de cada Estado tornaram-se

* Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. E-mail: aclaradaltro@gmail.com

insuficientes para comportar e tratar de todas as mudanças que vinham acontecendo, deixando, assim, evidente a ausência de respostas para as novas perguntas que estavam aparecendo. Desta forma, tornou-se fundamental pensar em novas e diferentes leituras acerca dos sistemas jurídicos existentes, assim como sobre os fenômenos de compartilhamento constitucional, ou seja, os diálogos entre as diferentes Constituições internas de cada Estado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as transformações econômicas, políticas, tecnológicas, culturais e sociais, bem como a ampliação da comunicação de experiências a nível global, acarretaram numa evolução positiva no que diz respeito aos Direitos Humanos, especialmente, na seara dos Direitos da Personalidade, ou seja, aqueles direitos inerentes ao sujeito. Cabe mencionar que, de acordo com o Código Civil brasileiro (2002), os Direitos da Personalidade são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação voluntária. Os referidos direitos ganham força internacional e universal através da redação oferecida pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), uma vez que esta proíbe a interferência na vida privada, na família, no lar e nas correspondências dos indivíduos, bem como repudia ataques à sua honra e reputação.

Portanto, observa-se que é neste ambiente complexo de múltiplas relações que o Direito Constitucional e as Constituições de cada Estado, passam por um processo de transformação, com novos desafios e preocupações que ultrapassam as fronteiras estaduais. Diante deste novo panorama social, político e econômico, surge a Teoria da Interconstitucionalidade, a fim de regulamentar e promover o diálogo entre as diversas Constituições existentes e entre os inúmeros poderes constituintes, no mesmo território político e no mesmo espaço de tempo.

Cabe mencionar que a Teoria da Interconstitucionalidade teve seu início no Continente Europeu, mais especificamente em Portugal, dada a sua fraqueza política e econômica diante dos outros países da União Europeia. Entretanto, nota-se que a referida Teoria não limitou-se territorialmente, sendo aplicada também nos Estados da América Latina, através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na tentativa de suprir as lacunas existentes nas discussões de temas como a discriminação pela orientação sexual.

Diante do exposto, tendo em vista a Teoria da Interconstitucionalidade, o presente artigo compromete-se a realizar uma breve análise acerca do Direito à Proibição de Discriminação pela Orientação Sexual, com base no debate realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Atala Riffo e crianças versus Chile”, de 24 de fevereiro de 2012.

No primeiro tópico será realizado um breve estudo acerca da definição e do surgimento da Interconstitucionalidade no Continente Europeu, a fim de entender a sua importância para as transformações do mundo moderno e, por consequência, no cenário jurídico-constitucional dos Estados, na tentativa de compreender que a Interconstitucionalidade apresenta-se como uma resposta possível ao debate de alguns temas que foram esquecidos ou negligenciados nas Constituições dos seus Estados.

Posteriormente, o segundo tópico tratará da Interconstitucionalidade na América Latina, com base no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na Convenção dos Estados Americanos. Cabe ressaltar que os Estados latino-americanos encontram-se inseridos na Organização dos Estados Americanos (organização internacional comum) e possuem dois órgãos responsáveis por inspecionar, aplicar e executar as suas recomendações, são eles: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após conhecer um pouco sobre a Teoria da Interconstitucionalidade, a fim de adentrar mais no objetivo de artigo, pretende-se elucidar algumas questões acerca do princípio da proibição da discriminação pela orientação sexual. Nesse sentido, inicialmente cabe mencionar que a definição do termo “orientação sexual” encontra-se em uma constante evolução, uma vez que os doutrinadores ainda não possuem uma ideia totalmente esclarecida sobre o assunto. Entretanto, nota-se o importante progresso realizado pelas legislações internacionais sobre o tema, uma vez que a proibição à discriminação encontra respaldo tanto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem quanto na Convenção Americana.

A proibição de discriminação pela orientação sexual não encontra-se, de forma expressa, nas legislações internacionais, tanto do sistema jurídico europeu quanto do sistema jurídico latino-americano. Portanto, pode-se deduzir que a discussão acerca do tema visa analisar a evolução interpretativa realizada pelos órgãos judiciais internacionais competentes. Neste sentido, o tópico quatro irá demonstrar a importância do “Caso Atala Riffo e crianças versus Chile”, de 2012, para a construção e ampliação do entendimento oferecido à norma. Inicialmente, será realizado um breve relato do caso concreto e, por fim, pretende-se realizar uma análise da decisão da Corte Interamericana acerca do direito à igualdade e à proibição da discriminação.

2 INTERCONSTITUCIONALIDADE

A Teoria da Interconstitucionalidade, admiravelmente estudada e discutida pelo jurista português Gomes Canotilho em sua obra “Brançosos e interconstitucionalidade”, de 2006, foi, inicialmente, tratada pelo doutrinador, de mesma nacionalidade, Francisco Lucas Pires, em seu livro “Introdução ao Direito Europeu”, de 1998, quando o mesmo mencionou a possibilidade de reconstrução do constitucionalismo com base no pluralismo de fontes constitucionais europeias e nacionais (SILVEIRA, 2017). De acordo com Lucas Pires, o Direito Comunitário apresenta-se como um novo Direito Constitucional. Entretanto, o referido autor menciona, também, a existência de obstáculos para a aceitação integral de sua tese, como a falta de legitimidade democrática e a autonomia institucional. Nesse sentido, Lucas Pires afirma que a inexistência de um povo próprio dos estados supranacionais constitui um grande problema, o que pode ser explicado com base em uma análise da própria experiência europeia, uma vez que um dos motivos da recusa por uma Constituição Europeia encontra-se fundamentada na inexistência de um poder constituinte, e este só é possível em um povo que se assuma como comunidade, vontade esta que deve ser expressa através do sufrágio universal (BOLZAN, 2015).

Diante do exposto, nota-se que a Teoria da Interconstitucionalidade ganhou maior destaque no final dos anos 90, entretanto é correto afirmar que esta teoria não é uma ideia inovadora, uma vez que a mesma pode ser observada no ordenamento jurídico medieval, bem como na elaboração de textos constitucionais anteriores à esta época, como a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 (BARREIROS, 2017). No período medieval é possível notar a existência de uma relação pacífica entre distintas ordens jurídicas no mesmo território e simultaneamente. Quanto à Constituição brasileira, por se tratar de um Estado composto, observa-se a presença de determinados princípios que facilitam na tratativa do tema, como o princípio da sobreposição de ordens jurídicas, o princípio da autonomia das unidades integrantes e o princípio da participação no poder central (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido faz-se importante mencionar que o princípio da sobreposição de ordens jurídicas trata da hierarquia existente entre a ordem constitucional e a ordem infraconstitucional. Já o princípio da autonomia das unidades integrantes pode ser enxergada na possibilidade que os Estados têm de elaborarem e firmarem as suas próprias Constituições internas. E, por fim, o princípio da participação no poder central pode ser representado através

de duas premissas fundamentais, onde a primeira delas trata do poder de delegação de poder do poder central na direção dos periféricos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

O movimento interconstitucional pôde ser mais fortemente notado, a princípio, em Portugal, uma vez que o referido Estado apresentava uma fragilidade econômica e política, fazendo crescer a sua busca por um certo equilíbrio diante dos demais países da União Europeia. Igualdade esta que só poderia ser alcançada através da modulação do sistema jurídico vigente (BARREIROS, 2017). Pode-se afirmar que a doutrina portuguesa criou a Teoria da Interconstitucionalidade para combater o problema de articulação entre as legislações constitucionais das mais diversas fontes e da afirmação dos poderes constituintes dos vários Estados da União Europeia. Nesse sentido, pode-se afirmar que a referida Teoria apresenta-se como um instrumento de auxílio para a captação do fenômeno da pluralidade de fontes legais e das tentativas judiciais de ajustá-las neste novo contexto jurídico-constitucional distinto e sem hierarquia estruturada (SILVEIRA, 2015).

Cabe ressaltar que se o referido problema ocorresse a nível estadual, ele poderia ser facilmente resolvido através da noção hierárquica, mas em âmbito “multinível” (chamada, também, de “em rede”), como a União Europeia, seria impossível a aplicação desta solução, uma vez que a hierarquia mostra-se ineficaz (SILVEIRA, 2015).

Portanto, observa-se que a Teoria da Interconstitucionalidade surge como uma possível resposta para os problemas iniciados com os avanços globais, principalmente na seara jurídica, uma vez que tornou-se possível a análise e a comunicação entre Constituições e os poderes constituintes de cada Estado. Nesse sentido, faz-se necessário examinar com mais cuidado a concepção da referida Teoria.

Em primeira análise, pode-se afirmar que a Teoria da Interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais de concorrência, justaposição, convergência, além do conflito existente entre os vários textos constitucionais espalhados pelo mundo e entre os inúmeros poderes constituintes. A relação de concorrência ocorre quando for possível enxergar uma concomitância, simultaneidade e convivência entre as diferentes ordens jurídicas. A justaposição pode ser observada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em determinados casos, quando este se sobrepõe ao ordenamento interno de seus Estados-membros. E, por fim, a convergência, que seria a existência de pontos de afinidade, identidade, concordância e harmonia nas Constituições de cada Estado, apesar das suas particularidades, uma vez que estes tutelam determinados direitos com mais vigor do que outros (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Portanto, pode-se concluir que a mencionada Teoria possui como fundamento principal e basilar a relação entre as diversas legislações constitucionais existentes em um mesmo espaço político e durante a mesma época, ou seja, a existência da pluralidade de fontes constitucionais.

Para se entender melhor sobre o movimento da Interconstitucionalidade, deve-se compreender que as Constituições próprias de cada Estado não encontram-se fadadas ao desaparecimento, elas, sim, irão sofrer algumas transformações ao serem introduzidas na seara da interconstitucionalidade. Pois, apesar do Estado dever “obediência” às regras e normas internacionais, eles não são obrigados a se afastarem da sua herança cultural e política. Nesta vertente, alguns doutrinadores reconhecem que as Constituições podem ser tratadas como um instrumento cultural, pois não encontram-se voltadas exclusivamente aos juristas, tampouco tratam-se de um simples texto legal, mas sim de uma manifestação da situação cultural vivenciada e um mecanismo de autorrepresentação do povo (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido, entende-se que a Teoria da Interconstitucionalidade não possui como objetivo a criação de um novo constitucionalismo, mas pretende adequar e facilitar a existência conjunta das várias e distintas Constituições, uma vez que não deseja criar um novo Direito Constitucional com base nas mudanças geradas pelo desenvolvimento e avanço da sociedade pós-moderna (COELHO, 2017).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a interconstitucionalidade possibilita a manutenção da identidade cultural e política do Estado, mas, também, que as Constituições não atuarão de forma isolada. Cabendo afirmar, assim, que o interconstitucionalismo não se trata de um fenômeno de aplicabilidade exclusiva do ordenamento jurídico europeu, mas sim do sistema jurídico global (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Inicialmente, o objeto de estudo da Teoria da Interconstitucionalidade foi especialmente proporcionado pelos riscos de conflito e disputas acerca da última instância decisória das questões judiciais no âmbito do território da União Europeia, ou seja, possíveis riscos de conflitos entre o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, e os tribunais constitucionais dos Estados-membros. Entretanto, atualmente, esta teoria passou a ganhar mais espaço e tratar de novas questões importantes, que contribuem para a noção da identidade do novo constitucionalismo europeu e, também, na modernização da teoria do constitucionalismo geral (SILVEIRA, 2015).

A Teoria da Interconstitucionalidade enfrenta uma série de obstáculos, dentre eles o da harmonização entre as distintas Constituições e da confirmação de poderes constituintes com origens e legitimidade diferentes. Entretanto, pode-se afirmar que o interconstitucionalismo apresenta-se como melhor alternativa diante deste novo cenário mundial, onde as decisões dos Estados possuem cada vez mais peso e efeitos extraterritoriais, graças às interdependências globais. E, por consequência, aumenta o número de pessoas que encontram-se vinculadas às decisões proferidas em relação aos titulares da demanda (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Desta forma, pode-se afirmar que a Interconstitucionalidade contribui para que as legislações constitucionais aumentem seu nível de efetividade e aplicabilidade, possibilitando, assim, a proteção de minorias que antes não eram alcançadas pela lei.

3 INTERCONSTITUCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA

Anteriormente, através da análise acerca do surgimento e do conceito da Teoria da Interconstitucionalidade, pôde-se observar como a referida Teoria influenciou na construção de um novo modelo de constitucionalismo, levando em conta a pluralidade de fontes legais internacionais. Nota-se que a Interconstitucionalidade teve início e papel fundamental no sistema jurídico-constitucional do Continente Europeu, entretanto, vale destacar como esta Teoria foi vista e implementada no território latino-americano, a fim de perceber sua influência na evolução dos temas relacionados aos Direitos Humanos, entre eles, a proibição de discriminação pela orientação sexual.

Inicialmente, cabe lembrar que a América Latina construiu sua história com base nas suas diversas identidades culturais, uma vez que os seus Estados tiveram diferentes colonizadores, como a Espanha e Portugal. Portanto, percebe-se que os Estados colonizados sofreram grande influência da cultura europeia dos seus colonizadores, situação diferente daquela vivenciada pela América Central, uma vez que esta assimilou com maior profundidade a cultura da América do Sul (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Portanto, nota-se que a América Latina é composta por Estados com culturas, costumes, valores, normas e regras distintas.

Vale mencionar, também, que muitos dos Estados latinos, como Brasil (1964), Argentina (1962) e Paraguai (1954), viveram um longo período em regime ditatorial, época esta conhecida por grandes violações às liberdades individuais e aos Direitos Humanos. Após o fim da Ditadura nestes territórios, notou-se um movimento constitucional dos Estados em se abrirem para um novo comunitarismo internacional, permitindo, assim, a elaboração e a

aprovação de Tratados Internacionais de integração entre os países (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Diante do exposto, torna-se evidente a presença da Teoria da Interconstitucionalidade no sistema jurídico-constitucional dos Estados da América Latina, fazendo-se necessário o estudo acerca das suas peculiaridades e das suas diferenças e semelhanças com aquele apresentado no Continente Europeu.

Cabe destacar que a Interconstitucionalidade apresentada na América Latina é distinta daquela vista no Continente Europeu, uma vez que a Europa encontra-se inserida na União Europeia, organização *sui generis*; enquanto a América Latina possui a Organização dos Estados Americanos (OEA), organização internacional comum. Em outros termos, enquanto a União Europeia impõe aos seus Estados-membros um sistema jurídico único, o mesmo não ocorre com a Organização dos Estados Americanos, que possui a Convenção Americana de Direitos Humanos e dois órgãos com responsabilidade de inspecionar, aplicar e fazer cumprir as suas determinações, sejam eles: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão consultivo) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão autônomo) (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido, cabe mencionar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, Costa Rica, é “uma instituição judiciária autônoma” que possui a finalidade de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, ela possui função jurisdicional e consultiva (ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1979). Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete membros, é um “órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos”, com a finalidade principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, além de atuar como órgão consultivo da Organização na referida matéria (REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Como visto anteriormente, o sistema europeu e o latino-americano apresentam algumas similaridades e algumas diferenças. Dentre as distinções é possível mencionar que o sistema europeu possui um sistema jurídico único, já o sistema latino-americano não possui esta espécie de coesão e unificação, o que nota-se é apenas a presença de justaposição da ordem internacional sobre a origem interna. Percebe-se, ainda, que ao ingressar com uma ação no sistema europeu, o advogado de uma das partes pode invocar normas de outro ordenamento jurídico-constitucional de diferente Estado-membro, se esta for mais benéfica ao seu cliente; enquanto que na América Latina este tipo de aplicação de legislação

constitucional de país diverso só poderia ser realizada no âmbito do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Vale lembrar que em 1978, dos onze Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, menos da metade vivenciavam um regime democrático com representantes políticos eleitos pelo povo. Desta forma, notava-se uma certa dificuldade na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção dos Direitos Humanos nos territórios que não admitiam a presença da tríade Democracia - Estado de Direito - Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos e que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos sujeitam-se às regras contidas na mesma. Desta forma, submete-se à jurisdição da Corte e da Comissão Interamericana. Portanto, os Estados-membros e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem submeter decisões processuais para serem analisadas e julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que preencham os requisitos impostos pela OEA. Desta forma, de acordo com o artigo 61.2 da referida Convenção, “para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50”, ou seja, faz-se indispensável o esgotamento de todas as vias judiciais internas do Estado, devendo o caso estar transitado em julgado, sem qualquer possibilidade de recurso aos órgãos superiores do Estado-membro. Além disso, o processo deve tratar de temas que sejam objeto de tutela da Convenção, portanto, àqueles relacionados à matéria de direitos humanos, uma vez que esta é a competência da Comissão, de acordo com o artigo 34 da mesma (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Nota-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se assemelha ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no sentido de que esta realiza controle de convencionalidade entre as leis dos Estados-membros aplicadas no caso concreto e as normas contidas na Convenção, conforme artigo 62.3 da Convenção transcrito abaixo:

Artigo 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Portanto, quando um Estado-membro ou quando a Comissão Interamericana encaminha algum caso, decisão judicial, para ser apreciada pela Corte, a Interconstitucionalidade pode ser aplicada. Uma vez que estes submetem-se à jurisdição da Corte, ela pode analisar o caso concreto através das legislações internas de outros Estados, sejam eles integrantes da OEA ou não (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Como dito anteriormente, a Teoria da Interconstitucionalidade estuda as relações de concorrência, convergência, justaposição, além do conflito existente entre os vários textos constitucionais espalhados pelo mundo e entre os inúmeros poderes constituintes. Esta definição foi utilizada para entender a referida Teoria no Continente Europeu, entretanto as modalidades mencionadas acima também podem ser observadas no território da América Latina.

Neste sentido, a concorrência na América Latina pode ser observada ao notar que a Organização dos Estados Americanos é composta por vários Estados com culturas e valores distintos e, por consequência, com ordem jurídica constitucional própria. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos também possui a sua ordem jurídica internacional própria. Desta forma, faz-se correto afirmar que elas coexistem e se inter-relacionam. A convergência, interpretada no sentido de harmonia e afinidade, encontra-se nos vários pontos de consonância das Constituições dos Estados, graças às semelhanças em suas histórias. Além disso, tais Constituição devem apresentar certa harmonia com a Convenção Americana dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Para falar da Interconstitucionalidade na América Latina cabe mencionar, também, a justaposição de ordens jurídicas apresentadas, uma vez que esta é notada pela simples concordância por parte dos Estados-membros pela jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ou seja, no momento em que o país aceita integrar o Sistema Interamericano, ele aceita sujeitar-se às suas normas. Desta forma, o regime jurídico interno do Estado deixa de ser a última instância, papel este que será desempenhado pelo ordenamento internacional. Entretanto, cabe mencionar que não é uma instância recursal, trata-se de uma justaposição entre as ordens jurídicas existentes, onde a ordem internacional se sobrepõe a interna (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Outro ponto em que pode ser constatada a presença da interconstitucionalidade no ordenamento latino-americano é a utilização, pela Corte, de jurisprudências de Estados diversos daqueles que estão em conflito, semelhante ao que ocorre no sistema europeu. Nota-se, ainda, a utilização por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos de

jurisprudências de Cortes de Direitos Humanos de outros Tribunais Regionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a fim de fundamentar suas decisões (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Conclui-se, portanto, que o sistema latino-americano vem avançando progressivamente no sentido de fortalecer a interconstitucionalidade no seu território, a fim de garantir uma maior proteção aos Direitos Humanos, na tentativa de englobar uma maior quantidade de indivíduos que encontram-se vivendo à margem da sociedade, mesmo que a aplicação e a efetivação da referida Teoria seja realizada de forma diferente daquela presenciada no sistema europeu.

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL

A igualdade sempre apresentou-se como uma questão relevante na história da sociedade. O aperfeiçoamento de sua definição segue de acordo com os avanços da civilização ocidental. De acordo com o filósofo Aristóteles, a igualdade baseava-se na ideia de tratar os iguais de forma igualitária e os desiguais na medida das suas desigualdades, conceito este que ainda se mantém nos dias atuais. Com o passar do tempo, o conceito de igualdade ganhou novas ramificações e a igualdade jurídica dividiu-se em formal e material. Cabe observar que o princípio da igualdade adquiriu, também, uma vertente negativa, vista na proibição da discriminação (OLIVEIRA, 2012).

Portanto, ao lado do princípio fundamental da igualdade nota-se a presença do princípio da não discriminação, onde discriminar pode ser enxergado como distinguir coisas, pessoas e conceitos com base nas suas características elementares e em critérios bem delimitados. Portanto, discriminar é distinguir. O termo não possui sentido pejorativo, entretanto, ao longo da história, adquiriu um lado negativo. Desta forma, o tema ganhou relevância quando se trata da cláusula de igualdade, onde a discriminação só poderia existir em situações que a justificassem racionalmente (OLIVEIRA, 2012).

Um comportamento será considerado distintivo se for possível verificar a existência de um tratamento distinto em determinado aspecto crucial em um determinado momento. Ela pode ocorrer de duas formas diferentes, seja nos tratos distintos direcionados a duas pessoas ou grupos que possuam uma identidade relevante em alguma questão ou, na aplicação de um tratamento igualitário a dois indivíduos ou grupos que não possuam identidade em questões relevantes (OLIVEIRA, 2012).

As causas que justificam a existência de algum tipo de discriminação podem ser encontradas em alguns rols meramente exemplificativos nos diversos textos legais, e podem ser referentes à cor, ao sexo, ao estado civil, à raça, à religião e à orientação sexual, entre outras. Cabe ressaltar que algumas destas questões não encontram-se de forma expressa nas legislações internacionais, entretanto elas são consideradas com base nas diversas apreciações realizadas pelos órgãos julgadores, através de uma evolução interpretativa. Além disso, vale mencionar que os motivos das discriminações também podem variar, podendo ser identificados como preconceitos ou estereótipos (OLIVEIRA, 2012).

Nota-se que a “orientação sexual” apresenta-se como uma das causas que justificam a ocorrência de possíveis discriminações. Neste sentido, vale mencionar que a noção sobre “orientação sexual” ainda encontra-se em processo de construção, uma vez que a ciência não possui uma ideia esclarecida e firme sobre o tema. Entretanto, nos dias atuais, pode-se entender a “orientação sexual” de um indivíduo com base no gênero do seu parceiro sexual, ou seja, a preferência sexual e sentimental do sujeito em relação aos seus parceiros (ALVES; MOTA, 2015). Ela pode ser entendida como a identidade conferida a um indivíduo com base nos seus desejos e/ou comportamentos sexuais, direcionado a uma pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou a ambos os sexos (bisssexualidade).

Nesse sentido, diante da elucidação da expressão “orientação sexual” nota-se a importância de se discutir acerca das discriminações e da proteção dos indivíduos, de acordo com o princípio geral de não discriminação por orientação sexual como decorrência lógica e efetivação do princípio jurídico da igualdade.

Apesar do tema ainda encontrar algumas lacunas acerca da sua definição e delimitação, nota-se uma evolução das legislações mundiais no sentido de descriminalizar condutas e expressões LGBTI (lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, intersexuais). Observa-se, também, um movimento no sentido de tutelar esta parcela da sociedade contra discriminações e comportamentos violentos motivados pela orientação sexual. Outra questão importante, considerada por muitos como um avanço nas legislações e um reconhecimento dos direitos inerentes a este grupo de indivíduos, constitui a legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

O princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual encontra-se intimamente ligado a proteção da dignidade humana e a prevenção ao sofrimento humano, pilares fundamentais da luta dos direitos humanos. Neste sentido, os direitos humanos

desenvolveram um novo modelo de atuação na tentativa de se tornar mais eficiente na proteção das vítimas reais de comportamentos violentos e restrições de direitos e liberdades realizadas de forma injustificada e abusiva (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Historicamente, as violações de direitos humanos encontravam respaldo na diversidade existente entre os indivíduos. A diferença atuava como meio de autorização para enxergar o outro como um sujeito inferior, sem dignidade e direitos. Neste sentido, cita-se a escravidão, o nazismo, a sexismo, a homofobia, a xenofobia, como importantes exemplos de violações de direitos humanos, com práticas de intolerância (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Portanto, o medo causado pela diversidade justificou, na maioria dos casos, a violação de direitos fundamentais dos indivíduos. Desta forma, na tentativa de romper com tal posicionamento, nota-se um movimento dos Estados e dos seus sistemas judiciais na direção da tutela dos direitos dos indivíduos, independentemente das suas diferenças, sejam elas de cor, raça, sexo, religião, nacionalidade, orientação sexual, entre outras.

A proteção dos direitos relacionados à orientação sexual, na seara dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, encontra respaldo tanto no sistema europeu quanto no sistema interamericano, uma vez que ambos possuem, em seus textos legais, cláusulas que tratam sobre a igualdade e a proibição de discriminação, inclusive no que diz respeito à orientação sexual e a identidade de gênero (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Os direitos à proibição de discriminação e à igualdade encontram-se intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e são pilares para a tutela dos Direitos Humanos na seara nacional e internacional. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 14 disciplina acerca da proibição de discriminação ao afirmar que:

Artigo 14. Proibição de discriminação O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza o nascimento ou qualquer outra situação (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

A leitura do supramencionado artigo deixa claro uma evolução da legislação internacional, no sentido de tutelar os direitos dos indivíduos, independentemente das suas diferenças. Esta, apesar de não trazer expressamente em seu texto as distinções acerca da orientação sexual, deixa espaço para uma possível interpretação nesta direção.

No sistema judicial europeu pode-se notar uma grande acervo de jurisprudência que discute os direitos da diversidade sexual, iniciado com o combate à criminalização de comportamentos tidos como homossexuais, de forma consensual e entre indivíduos adultos, no final da década de 80. Com o passar do tempo, mais precisamente no final da década de 90, outras questões passaram a ser analisadas e discutidas pelo sistema europeu, como a discriminação com base na orientação sexual, o reconhecimento de direitos dos indivíduos transsexuais e o direito ao casamento (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

No âmbito do Sistema Interamericano, o direito à igualdade vincula-se a obrigação por parte dos Estados de respeitar e garantir os direitos mencionados na Convenção Americana de Direitos Humanos; enquanto que o direito à proibição de discriminação relaciona-se com a impossibilidade da proteção das legislações internas acontecer de forma desigual, conforme pode ser visto nos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana transcritos abaixo:

Art. 1.1. Obrigação de respeitar os direitos.

Os Estados Partes nesta 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 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Art. 24. Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Apesar destes artigos não mencionarem, de forma expressa, a discriminação pela orientação sexual, nota-se a possibilidade clara de uma evolução interpretativa, que foi iniciada pela decisão da Corte Interamericana no “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” (24 de fevereiro de 2012), no sentido de ampliar o entendimento da norma (FICO, 2017).

Vale mencionar que a Convenção Americana, semelhante ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, apesar de autorizar a suspensão de garantias e a restrição de direitos em casos excepcionais, como guerra, perigo público ou outra emergência, deixa claro em seu texto, que a referida suspensão não poderá, em nenhuma hipótese, resultar na discriminação

motivada pela raça, cor, idioma, sexo, origem social, religião, de acordo com o artigo 27 da referida Convenção (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Nesta diapasão, de acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da não discriminação em conjunto com o princípio da igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a todos os indivíduos, independentemente de suas diferenças, constitui um princípio basilar, fundamental e geral direcionado à proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

O “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*”, de 24 de fevereiro de 2012, foi o primeiro processo relacionado a violação dos direitos de diversidade sexual decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (RIBEIRO, J., 2017). Portanto, neste tópico, será analisado o entendimento da Corte sobre o direito à proibição de discriminação pela orientação sexual, bem como a presença do fenômeno da Interconstitucionalidade no referido Caso.

5.1 Breve relato dos fatos

O “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” conhecido, posteriormente, como “*Caso Karen Atala*”, refere-se a um processo de custódia ou guarda encaminhado aos tribunais chilenos e que trata de temas ligados à proibição de discriminação pela "orientação sexual", uma vez que tem como base uma decisão judicial envolvendo uma relação homoafetiva desenvolvida por uma das partes no processo.

A Sra. Karen Atala era casada com o Sr. Ricardo Jaime López Allendes desde o ano de 1993. Juntos o casal teve três filhas, M., V. e R., nascidas em 1994, 1998 e 1999, respectivamente. Após nove anos de casados, em 2002, a Sra. Karen e o Sr. Ricardo, optaram por se divorciar e decidiram, de comum acordo, que a guarda das três filhas seria da progenitora (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Após o divórcio, a Sra. Karen envolveu-se amorosamente com outra pessoa e, em novembro de 2002, a mesma passou a dividir a casa onde morava com suas filhas, com a sua companheira afetiva, a Sra. Emma de Ramón (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 2003, o Sr. López ingressou com uma ação no Juizado de Menores de Villarrica requerendo a guarda e tutela de suas três filhas, menores de idade à época, alegando que o desenvolvimento físico e mental de suas filhas estava sendo colocado em perigo, uma vez que a orientação sexual e o relacionamento de sua ex-mulher com uma pessoa do mesmo sexo

poderia configurar uma má influência, podendo trazer consequências danosas para as menores. Afirmou, ainda, que a saúde das crianças estava sendo ameaçada, graças à convivência dessas com um casal lésbico, pois, segundo ele, elas estariam sendo expostas, de forma duradoura, a doenças sexuais, como AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou, em português, Síndrome de Imunodeficiência Adquirida) e herpes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em sua defesa, a Sra. Karen manifestou extrema tristeza em ler tais acusações de seu ex-marido, afirmando que as alegações feitas eram preconceituosas, discriminatórias e, até mesmo, agressivas, fruto do seu desconhecimento do direito à identidade homossexual, da ignorância em relação aos fatos e do desrespeito ao melhor interesse das filhas. Ela afirmou, ainda, que sua identidade sexual não possuía qualquer relação com a sua capacidade de cuidar e zelar por suas filhas, uma vez que a legislação chilena não menciona como causa de “incapacidade parental” ter uma “opção sexual distinta” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

No mesmo ano, o pai das meninas, através de sua advogada, solicitou a guarda provisória das menores, antes que o processo chegasse ao fim. O Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda ao pai e regulou as visitas da mãe, apesar de admitir que não havia razões para acreditar na incapacidade da mesma (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Posteriormente, a Juíza Substituta do supramencionado Juizado proferiu sentença negando a guarda ao pai, sob a afirmação de que a orientação sexual da Sra. Karen não possuía nenhuma relação com a sua capacidade de ser mãe, além de não existir, comprovadamente, nenhum risco à saúde das crianças. Sendo assim, afirma, de forma contundente, que a nova relação afetiva da Sra. Karen Atala não oferecia nenhum tipo de perigo às suas três filhas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 2004, o Sr. Ricardo recorreu da decisão perante à Corte Suprema do Chile, afirmando que os Juízes do Tribunal de Recursos de Temuco cometeram um grave erro. Em sua decisão, a Quarta Câmara concedeu a guarda definitiva das menores ao pai, afirmando, dentre outros motivos, que as meninas encontram-se em situação de risco, uma vez que o ambiente familiar vivido por elas era distinto daquele vivenciado por seus colegas de escola, o que poderia ocasionar um certo isolamento e, até mesmo, discriminação por parte das outras crianças, prejudicando, assim, o seu desenvolvimento pessoal. A decisão do magistrado orientou-se pela redação do artigo 225 do Código Civil chileno, afirmando existir uma “causa

qualificadora” que justificaria a entrega da guarda definitiva das crianças ao pai (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

O mencionado caso foi encaminhado à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2010. A queixa foi apresentada contra o Estado chileno sob os argumentos de que o referido processo relaciona-se com a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência na vida privada e familiar da senhora Karen Atala, por causa da sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na perda da guarda de suas três filhas. Além de relacionar o caso à inobservância do melhor interesse das menores, cuja guarda e tutela foram decididos de acordo com ideias discriminatórias e preconceituosas. Alegações, estas, que foram duramente negadas pelo Estado chileno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), o Chile foi declarado internacionalmente responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, mencionados nos artigos 24 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação a Karen Atala; do direito à igualdade e à não discriminação, observados nos artigos 24, 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo das crianças; do direito à privacidade, com fulcro nos artigos 11.2 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação à Karen Atala; dos artigos 11.2 e 17.1 combinado com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala e de suas filhas; do direito de ser ouvido, com base nos artigos 8.1, 19 e 1.1 da Convenção Americana, em prejuízo de menores de idade; da garantia de equidade, presente nos artigos 8.1 e 1.1, da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em prejuízo de Karen Atala.

5.2 O Direito à Proibição de Discriminação pela Orientação Sexual

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), em sua decisão, mencionou o caráter geral do artigo 1.1 da Convenção, onde seu conteúdo engloba todas as disposições trazidas no Tratado, cabendo aos Estados Partes respeitarem e garantirem o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali mencionados, sem que haja qualquer tipo de discriminação. Quanto à igualdade, do artigo 24 da Convenção, a Corte afirma que esta encontra-se intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível qualquer situação que leve ao tratamento de uma pessoa com privilégio ou com hostilidade injustificada.

Nesse sentido e com base no Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2005, referente a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, e no “*Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*”, o Tribunal determinou que os Estados devem se recusar a realizar ações que possam gerar, de maneira direta ou indireta, algum tipo de discriminação *de jure* ou de fato. Devendo, o Estado, promover ações no sentido de reverter possíveis medidas discriminatórias que possam existir no seu território (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Nota-se que o Estado chileno ao submeter-se a jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, possibilitou que suas decisões fossem avaliadas e julgadas com base em documentos legais internacionais, permitindo, assim, a presença da Interconstitucionalidade. Desta forma, a Corte Interamericana utilizou-se de decisões judiciais de outros Estados, como o Paraguai, para regulamentar a atuação dos Estados, a fim de coibir ações que possam gerar algum tipo de discriminação, seja ela de fato ou de direito.

Cabe mencionar, que a Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não possuem definição exata e explícita do termo “discriminação”. Desta forma, a Corte utiliza-se dos conceitos mencionados no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, chegando a conclusão de que discriminação seria:

“Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Portanto, nota-se um movimento da Corte para ampliar e trazer um caráter geral para o termo “discriminação”, a fim de tutelar com mais segurança o maior número de indivíduos na sociedade, independentemente de suas distinções.

No que diz respeito à orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana, apesar de o mesmo não mencionar de forma explícita a discriminação em relação à orientação sexual, a expressão “qualquer outra condição social” deve ser interpretada da forma mais favorável ao indivíduo, conforme as jurisprudências mencionadas

na decisão, como o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas e o “*Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*”. A fim de apoiar tal interpretação, a Corte faz referência ao 14 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que afirma:

Artigo 14. Proibição de discriminação.

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

Com base no texto da legislação supramencionada, pode-se notar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos enquadra a orientação sexual como uma “outra condição”, vetando, assim, qualquer tipo de tratamento discriminatório nessa direção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Portanto, levando em conta o artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas, a Corte Interamericana chega a conclusão que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias tuteladas pela Convenção. Portanto, a mesma repele qualquer tipo de ato discriminatório com base na orientação sexual da pessoa (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, este artigo realizou um estudo acerca do fenômeno da interconstitucionalidade, que teve início no continente europeu, mais especificamente em Portugal, para, posteriormente, trazê-lo para vivência da América Latina. Neste sentido, o presente trabalho visa compreender como a Teoria da Interconstitucionalidade ajudou na construção de discussões sobre determinados temas que encontravam-se ignorados ou negligenciados pelas Constituições dos Estados. Nesta direção, menciona-se o princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual.

Apesar da “orientação sexual” ser um tema bastante discutido atualmente, pode-se afirmar que o conceito da expressão ainda persiste em constante evolução, bem como a sua tratativa pelas legislações estaduais e internacionais. Desta forma, notava-se a existência de

uma lacuna sobre o tema tanto nos textos legais do continente europeu quanto no sistema latino-americano, demonstrando, assim, a grande importância da adesão da interconstitucionalidade neste momento.

Desta forma, o presente artigo demonstrou a relevância do “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” para a construção e o entendimento do princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que trata-se da primeira vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisa uma questão vinculada a uma família homoafetiva, em específico um casal formado por duas mulheres.

Neste sentido, pode-se afirmar que o “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” representou um grande marco quando trata-se de temas ligados a homoafetividade, principalmente, quando refere-se ao direito à igualdade e à proibição de discriminação pela orientação sexual. Observa-se, através da análise da decisão da Corte, que o Tribunal utilizou-se desse caso para discutir acerca de inúmeros pontos sobre o tema, a fim de construir uma jurisprudência e um entendimento mais favorável à proteção dos indivíduos identificados como homossexuais nos Estados da América Latina.

Nota-se que para que a Corte pudesse chegar a uma conclusão ela utilizou como objeto de análise documentos legais internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero; entre outros. Além de observar jurisprudências de inúmeros Estados, sejam eles do Continente Americano ou não, como o “*Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*”, o “*Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*”, “*Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*”, “*Caso Clift vs. Reino Unido*”, entre outros. Essa comunicação entre normas legais internacionais representa o primeiro exemplo de utilização da Interconstitucionalidade da Corte Interamericana no referido Caso.

Diante do exposto, nota-se que no “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não realizou diálogos apenas com as legislações constitucionais dos Estados-membros da OEA e que assinaram o Pacto de San José da Costa Rica, ela faz referência, também, à Corte Europeia de Direitos Humanos. (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Evidenciando, assim, a presença de diálogos não só com legislações de países vizinhos, como, também, de Estados mais distantes e com realidades sociais, políticas e

econômicas mais distintas, expressão máxima da aplicação da Teoria da Interconstitucionalidade.

Através desta decisão, a Corte afirma que a não discriminação pela orientação sexual ou pela identificação de gênero encontra-se tutelada pelo artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A referida conclusão foi extraída através de uma análise profunda, por parte dos membros da Corte Interamericana, da expressão “qualquer outra condição social”, mencionada no referido artigo. Portanto, nota-se que a Corte interpretou o artigo como uma norma de caráter geral, ou seja, uma cláusula aberta, onde deve-se considerar a questão da homoafetividade.

Observa-se, portanto, uma evolução no entendimento jurídico quanto aos sujeitos que devem ser tutelados pelas leis nacionais e internacionais, compreendendo, assim, que ao se falar em proteção da dignidade humana fala-se também e, por consequência, da tutela de todos os indivíduos, independentemente da sua orientação sexual ou identificação de gênero.

Nesse sentido, observa-se um movimento da Corte, com a utilização da Interconstitucionalidade, na tentativa de preencher possíveis lacunas deixadas pelos textos legais, como o estabelecimento de um conceito claro e explícito do termo “discriminação”, algo que não podia ser visto na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Conclui-se, portanto, que a Interconstitucionalidade foi de grande importância para a Corte Interamericana na decisão do referido caso, uma vez que colaborou com a evolução das normas legais internacionais em relação às questões ligadas a homoafetividade, tema que apesar de muito debatido pela sociedade, encontrava-se esquecido pelos textos legais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo; MOTA, Catarina. Identidade de Gênero e Orientação Sexual na Adolescência Natureza, Determinantes e Perturbações. **Revista Eletrônica de Educação e Psicologia**, nº 2, pp.45-61, 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 03 mar. 2021.

BARREIROS, Maria da Conceição. **Os Direitos Humanos e a Teoria do Interconstitucionalismo na América Latina**. Rio de Janeiro, 2017 Disponível em:

<https://mariabartolo1.jusbrasil.com.br/artigos/524572054/os-direitos-humanos-e-a-teoria-do-interconstitucionalismo-na-america-latina>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 03 mar. 2021.

BOLZAN, Lucas. **Constitucionalismo multinível: paradigma Europeu e reflexos no Mercosul**. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37181/constitucionalismo-multinivel-paradigma-europeu-e-reflexos-no-mercosul>. Acesso em 03 mar. 2021.

COELHO, Larissa Araújo. A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo. *In: UNIO/CONPEDI E-book 2017. Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas*. Volume 1, pp. 245-246, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 07 jan. 2020.

CORDEIRO, Laís. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a partir do Constitucionalismo Multinível, do Transconstitucionalismo e da Interconstitucionalidade: Desafios e Limites**. Goiânia/Goiás, 2015. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5442/5/Dissertacao%20-%20Laís%20Vaz%20Cordeiro%20-%202015.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Sentença de 24 de Fevereiro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 29 dez. 2019.

CRUZ DE OLIVEIRA, Luciana Estevan. **Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 11 - n. 37, p. 141 - 168, Edição Especial, 2012 Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/os-principios-da-igualdade-e-da-nao-discriminacao-diante-da-autonomia-privada-o-problema-das-acoes-afirmativas>. Acesso em 02 mar. 2021.

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La Paz, Bolívia, 1979. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

FICO, Bernardo. Atala e Duque: igualdade e não discriminação sob a óptica interamericana. **Revista Humanidades em Diálogo**, volume 8, 2017.

PARLAMENTO EUROPEU, **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**, Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação e identidade de gênero**. Anuário de Derecho Público, n. 1, p. 173-190, 2017. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6389061>. Acesso em 01 mar. 2021.

REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2013. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/regulamentocidh2013.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade**. Editora Vivens (E-book), Edição 1º, Maringá-PR, 2015.

RIBEIRO, Jeanezar. A proibição da discriminação homoafetiva na interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Atala Riffo y niñas versus Chile. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, volume 2, número 2, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. “Apresentação: UNIO/CONPEDI E-book 2017”. *In*: UNIO/CONPEDI E-book. **Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas**, volume I, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. Prefácio: Sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede. *In*: RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade**. Editora Vivens (E-book), Edição 1º, Maringá-PR, 2015.