

**DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL NA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO ATALLA RIFFO Y NIÑAS VS.
CHILE**

Dandara dos Santos Albuquerque¹

Manuella de Cássia Valente Albim²

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) busca a aplicação dos direitos humanos nas Américas com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. Dentre os diversos casos julgados pelo órgão internacional, buscou-se analisar o caso *Atalla Riffo y niñas vs Chile*, no qual a Suprema Corte do Chile retirou a guarda das filhas da magistrada Atala Riffo por formar um relacionamento homoafetivo e que tal prejudicaria o desenvolvimento das crianças. Entretanto, a Corte Interamericana determinou como errônea a decisão do tribunal supremo do Chile devido a violações ao tratado supracitado.

Palavras-chave: Discriminação; Orientação Sexual; Direito Internacional.

**DISCRIMINATION AGAINST THE SEXUAL ORIENTATION IN THE
INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CASE ATALLA RIFFO AND
CHILDREN VS. CHILE**

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) seeks the application of human rights in the Americas based on the American Convention of Human Rights. Among the diverse cases judged by the international body, searched the analysis of the case *Atala Riffo and children vs Chile*, in which the Supreme Court of Chile removed the custody of the magistrate Atala Riffo for forming a homoaffective relationship and such would cause harm for the children's development. However, the Inter-american Court determined as erroneous the decision of the Chilean Supreme Court due to the violations of the aforementioned treaty.

Keywords: Discrimination. Sexual Orientation. International Law.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: dandaraalbuquerque_@hotmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: manualbim@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca responder o seguinte problema: de que maneiras foram elaborados os argumentos discursivos apresentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que proibiu a discriminação pela orientação sexual no caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*?

O objetivo geral é analisar como a decisão do caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos prevaleceu sobre a decisão da Corte Suprema do Chile. Já os objetivos específicos são compreender prevalência do tratado internacional sobre a decisão judicial e identificar se o Estado do Chile está cumprindo a sentença da Corte Interamericana.

A maior instância do Poder Judiciário Chileno fundamentou sua decisão com base na orientação da magistrada Karen Atala Riffo, a qual tem um relacionamento homoafetivo com Emma de Ramón e constituiu um novo núcleo familiar com sua companheira afetiva e filhas M., V. e R., estas resultantes do seu primeiro casamento com Ricardo Jaime López Allendes, autor da ação de guarda.

Para compreender os discursos utilizados na decisão, são enumerados os argumentos utilizados pelas partes Karen Atala Riffo e o Estado do Chile perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É importante ressaltar um breve histórico da batalha por direitos civis por indivíduos homofetivos, após décadas de lutas por meio dos movimentos de direitos civis à população LGBT na América Latina devido ao seu histórico particular com ditaduras.

Como explanam Valderrama, Galeas, Melis Pérez e Jara (2018), após o fim dos regimes ditatoriais nos anos 80 e 90, houve um giro no tratamento de indivíduos LGBT, transitando desde a repressão à promoção de direitos em legislações contra discriminação e direitos sociais, embora estivessem partindo da base de sujeitos vítimas e não sujeitos de políticos.

Os autores também apontam que, desde os anos 90, no Chile, existem demandas de organizações sociais sobre diversidade sexual, críticas da atuação do Estado pela falta de ação contra a discriminação embora existam incipientes intervenções públicas. Portanto, a decisão da Corte Interamericana em 2012, ao punir o Estado do Chile pelas atitudes tomadas contra a Sra. Atala Riffo representam um importante marco histórico na luta pelos direitos civis e combate as práticas homofóbicas.

Vale ressaltar que este é um elemento de grande importância devido a trajetória do dissídio até chegar à análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como será visto a seguir, ocorreram decisões de primeira e segunda instância as quais permitiram que a Sra. Atala Riffo mantivesse a guarda das filhas, enquanto o pai das crianças, Sr. López Allendes, recorreu até a última instância do Poder Judiciário do Chile, que não apenas reforçou argumentos homofóbicos como investigou a vida da magistrada, invadindo a sua privacidade.

2 RESUMO DO CASO

Em 14 de janeiro de 2003, Ricardo Jaime López Allendes interpôs uma ação de guarda perante o Juizado de Menores de Villarrica, por considerar que a relação homoafetiva da Sra. Karen Atala Riffo com Emma de Ramón seria prejudicial às crianças M., V. e R. Ademais, argumentou que as menores estariam sujeitos à doenças como herpes e AIDS por conviverem junto ao casal lésbico.

O Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda provisória ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala Riffo priorizou o bem-estar pessoal acima do cumprimento do papel materno e que tal ação poderia afetar o desenvolvimento das menores no futuro. Também ressaltou que o Sr. López Allendes fundamenta em prol uma sociedade heterossexual e tradicional que é de grande importância para o interesse superior das crianças.

Em resposta a essa decisão, a Sra. Atala Riffo solicitou que o Juiz Titular fosse impedido de continuar a conhecer do processo de guarda, por ter incorrido em uma causa de incompatibilidade presente no Código Orgânico de Tribunais. O pedido foi atendido e coube à Juíza Substituta, no dia 29 de outubro de 2003, proferir a sentença de mérito.

Nessa sentença, o Juizado negou a demanda de guarda, visto ter sido comprovado nos autos que a orientação da Sra. Atala Riffo não representava impedimento para assumir o cuidado pessoal das menores. Acrescentou que, através da análise dos atestados médicos da Sra. Atala e de sua companheira Emma de Ramón, não havia riscos das crianças contraírem doenças sexualmente transmissíveis.

Em 11 de novembro de 2003, o Sr. López Allendes apresentou apelação ao Tribunal de Recursos de Temuco cumulado com o pedido de mandado de segurança provisório, fundamentando que o cumprimento da sentença implicaria uma mudança radical e violenta na vida das menores. O mandado de segurança foi concedido, todavia, após a sentença de primeira instância ter sido acolhida plenamente, tornou-se sem efeito.

Insatisfeito com a decisão, no dia 05 de abril de 2004, o pai das menores apresentou, perante a Corte Suprema do Chile, um recurso de queixa contra os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco. Afirmou que os juízes privilegiaram os direitos da Sra. Atala Riffo, faltando com o dever de proteger as menores, partes vulneráveis deste litígio.

Ademais, o Sr. López Allendes alegou que o Tribunal de Recursos de Temuco ignorou a manifestação do “comportamento lésbico” que afetada diretamente o desenvolvimento da identidade sexual das menores, tendo em vista a confusão dos papéis.

Em 31 de maio de 2004, a Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile, em sentença dividida em três votos contra dois, acolheu o recurso de queixa e concedeu a guarda definitiva ao senhor López Allendes. Segundo os juízes, o Tribunal de Recursos de Temuco incorreu em falta ou abuso grave ao terem preterido que as menores convivessem em um ambiente familiar sujeito às discriminações no meio social.

A senhora Karen Atala Riffo, representada pelos advogados da Associação Liberdades Públicas, da Clínica de Ações de Interesse Público da Universidade *Diego Portales* e da Fundação *Ideas*, apresentou petição inicial à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 24 de novembro de 2004.

No dia 17 de setembro de 2010, a Comissão Interamericana apresentou uma demanda contra o Estado do Chile, alegando a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a Sra. Atala Riffo, devido à sua orientação sexual.

3 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELAS PARTES KAREN ATALA RIFFO E O ESTADO DO CHILE

Neste tópico, será realizada a análise da argumentação utilizada pela magistrada Atala Riffo para argumentar as violações de direitos humanos existentes no caso assim como a contra argumentação do Estado do Chile em sua defesa.

3.1 O DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Os representantes da senhora Atala afirmam que houve a violação do direito à igualdade e à não discriminação, em razão do Estado do Chile ter realizado uma interpretação restritiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, não incluindo a orientação sexual entre os fundamentos que proíbem a discriminação.

Alegam que a decisão do recurso de queixa resultou em um processo de investigação da vida privada da senhora Atala com a finalidade de averiguar sua habilidade materna. Todavia, em nenhum momento a Corte Suprema do Chile questionou ou sequer avaliou as habilidades paternas do senhor López. Portanto, esse tratamento diferenciado é vetado pelo Direito Internacional.

Por outro lado, o Estado do Chile alegou que a sentença da Corte Suprema não foi arbitrária, visto que outras circunstâncias além da orientação sexual da senhora Atala foram consideradas como tendo efeitos concretos adversos no bem-estar das menores. Ademais, não havia um consenso no país, no ano de 2004, se a orientação sexual estava enquadrada na categoria de discriminação proibida. Desse modo, foi priorizado o bem superior da criança invés dos direitos dos pais.

3.2 O DIREITO À VIDA PRIVADA

Os representantes da Sra. Atala Riffo argumentam o Estado do Chile violou o seu direito à vida privada, pois orientação sexual da mãe faz parte de sua identidade pessoal e não tem qualquer relação com o bem-estar das filhas. Acrescentam que essa interferência arbitrária se estende ao fracionamento do núcleo familiar composto pela Sra. Atala Riffo, sua companheira Emma de Ramón e as três crianças (M., V. e R.).

Em contrapartida, o Estado do Chile afirma que no processo de guarda, como existe o objetivo de considerar qual dos pais terá o cuidado pessoal dos filhos, o juiz pode investigar os aspectos íntimos da vida das partes, tal não seria apenas uma faculdade do magistrado, mas a sua obrigação para haver uma devida avaliação das situações concretas no intuito de determinar o interesse superior da criança, o que, segundo a argumentação do Estado do Chile, prevaleceria sobre uma concepção pétrea do direito à intimidade.

3.3 O DIREITO DE SER OUVIDO

Os representantes da senhora Atala afirmam que existem mecanismos processuais no direito chileno para que as opiniões das crianças tenham influência nas decisões que as afetem. Contudo, a Corte Suprema do Chile ignorou essa ferramenta e arbitrariamente decidiu atribuir maior peso a opiniões baseadas em preconceitos e estereótipos.

Já o Estado do Chile declarou que no recurso de queixa, não existe a oportunidade processual para reiterar as declarações das crianças, afirmando é desnecessário com vistas ao

devido processo. Além disso, exigir que os menores sejam ouvidos novamente em um processo de guarda aumenta o grau de vitimização deles.

Todavia, o Estado do Chile faz um ressaltar: quando o desejo da criança colide com um “interesse maior”, sem que seja possível sua compatibilidade, deverá privilegiar o interesse sobre seus desejos, pois, do contrário, ficaria sem sustentação o regime especial de proteção de que gozam.

3.4 DA GARANTIA DE IMPARCIALIDADE

Os representantes da Sra. Atala Riffo alegam a suposta violação da garantia judicial de imparcialidade, devido o enfoque estereotipado dos juízes em relação ao caso, impactando no seu direito ao acesso à justiça.

Além disso, alegaram que a “violação do direito de ser julgado por um tribunal imparcial ocorre no dia 24 de novembro de 2003, quando dois Ministros (Lenin Lillo e Archivaldo Loyola) que haviam manifestado uma opinião negativa a respeito da orientação sexual da Juíza Atala participaram da concessão do mandado de segurança”.

Por outro lado, o Estado do Chile afirmou que existia outro meio de impugnação à disposição da Sra. Atala, qual seja, o de ingressar com um novo pedido de guarda, com a finalidade de tentar revogar a decisão da Corte Suprema do Chile.

Ademais, por não ter sido invocada a causa de impedimento no momento oportuno, entende-se que a Sra. Atala renunciou ao exercício de seu direito. Portanto, não houve violação ao devido processo legal. No tópico a seguir será apresentada a conclusão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Neste tópico, será demonstrada qual a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito das violações de direitos humanos alegadas, havendo como base os artigos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.1 VIOLAÇÕES DO DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado do Chile é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, com base no artigo 24 e 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Karen Atala Riffo, como demonstra a redação dos artigos a seguir:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. 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. (grifo nosso)

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (grifo nosso)

É ressaltado pela Corte Interamericana que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*, qual seja, de estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.

Portanto, a noção de igualdade é inseparável da dignidade essencial da pessoa, sendo dever do Estado do Chile além de respeitar, garantir os direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, sem qualquer distinção entre os indivíduos. Acrescido a isto, é proibido a discriminação de direito ou de fato, não só quanto aos direitos consagrados nessa Convenção, mas também no que diz respeito a todas as leis aprovadas e aplicadas pelo Estado do Chile.

Por fim, conclui que não é válido o argumento do Estado do Chile de que a suposta falta de consenso interno sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais dá margem perpetuar a discriminação histórica e estrutural que essas minorias têm sofrido. O Estado do Chile é obrigado a adotar medidas positivas que modifiquem situações discriminatórias existentes na sociedade em detrimento de determinado grupo de pessoas.

4.2 VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA PRIVADA

O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado de modo amplo. Segundo o Tribunal Europeu, o direito à vida privada abrange a identidade física e social, o desenvolvimento pessoal e a autonomia pessoal de uma pessoa, bem como seu direito de estabelecer e desenvolver relações com outras pessoas e seu ambiente social, inclusive o direito

de estabelecer e manter relações com pessoas do mesmo sexo. Tais direitos encontram amparo no artigo 11.2 da Convenção Americana, como demonstrado a seguir:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (grifo nosso)

Isto posto, a Corte conclui que o Estado do Chile violou o artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo, visto que tem direito de receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada. Portanto, são vedadas ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

É destacado pela Corte Interamericana que a Sra. Atala Riffo já havia constituído um núcleo familiar, pois existia uma convivência, uma proximidade pessoal e afetiva entre a Sra. Atala, sua companheira Emma de Ramón e as três crianças (M., V. e R.). Isso, sem prejuízo de que as crianças mantivessem outro vínculo familiar com o pai. Desse modo, resta comprovado a violação do Estado do Chile ao artigo 17.1 da Convenção, o qual trata sobre a proteção da família.

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. (grifo nosso)

4.3 VIOLAÇÃO DO DIREITO DE SER OUVIDO

Foi ressaltado pela Corte Interamericana que as crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com medidas contempladas no artigo 19 da Convenção, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto.

Artigo 19. Direitos da criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (grifo nosso)

No presente caso, a Corte Interamericana observou a redação do artigo 8.1, segundo o qual:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)

Foi interpretado que inclusive as crianças M. (12 anos), V. (13 anos) e R. (17 anos) possuem o direito de serem ouvidas nos processos e que se determinem os seus direitos. A Convenção sobre os Direitos da Criança contém disposições adequadas sobre o direito que as crianças têm de serem ouvidas, com o objetivo de que a intervenção da criança se ajuste às condições deste e não redunde em prejuízo de seu interesse genuíno.

Ademais, a Corte Interamericana constatou que a Corte Suprema do Chile não explicou em sua sentença como foi avaliado ou levado em consideração as declarações e preferências de convivência expressadas pelas menores de idade que constavam no expediente.

Portanto, verifica-se que a Corte Suprema não adotou uma decisão na qual se argumentasse sobre a relevância das preferências expressadas pelas menores de idade no caso em questão, nem manifestada as razões pelas quais foram ignoradas a vontade das três crianças.

Em virtude do exposto, a Corte Interamericana concluiu que a sentença da Corte Suprema de Justiça violou o direito das crianças de serem ouvidas e devidamente levadas em conta no processo, consagrado no art. 8.1 em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em detrimento das crianças M., V. e R.

4.4 VIOLAÇÃO DA GARANTIA DE IMPARCIALIDADE

Com relação à suposta imparcialidade da Corte Suprema ao adotar sua decisão sobre o recurso de agravo, a Corte Interamericana recordou que a imparcialidade exige que o juiz que intervém num litígio específico se aproxime aos fatos da causa livre de todo preconceito, de maneira subjetiva, e, do mesmo modo, oferecendo garantias suficientes de natureza objetiva que permitam eliminar qualquer dúvida que o acusado ou a comunidade possam abrigar a respeito da ausência de imparcialidade.

Desta maneira, a atuação do juiz deve prevalecer isenta de influência, incentivo, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indiretamente, havendo como guia única e exclusivamente a interpretação conforme o direito.

Entretanto, a Corte Interamericana ressaltou que, embora houvessem presentes certas violações da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma violação do artigo 8.1 pela

suposta falta de imparcialidade judicial dos juízes necessita estar estabelecida em elementos probatórios específicos do caso concreto, que mostrem que se está efetivamente diante de um caso em que os juízes claramente se deixaram influenciar por aspectos ou critérios destoantes das normas legais.

Segundo os ministros da Corte Interamericana, uma interpretação das normas do Código Civil Chileno contrária à Convenção Americana no que consiste no exercício da guarda de menores de idade por uma pessoa atraída pelo mesmo sexo não resta suficiente, em si mesma, para ser declarada uma falta de imparcialidade objetiva

Por conseguinte, foi declarado que o Estado do Chile não violou as garantias judiciais reconhecidas no artigo 8.1 da Convenção, em relação à decisão da Corte Suprema de Justiça no caso em questão.

No tópico seguinte, é abordada a manifestação do Poder Judiciário chileno após a condenação do Chile na Corte Interamericana de Direitos Humanos na tentativa de compreender a recepção em âmbito interno da manifestação de um órgão internacional.

5 MANIFESTAÇÃO DA SUPREMA CORTE DO CHILE APÓS A SENTENÇA

Em 21 de março de 2012, os ministros da Corte Suprema do Chile manifestaram-se a respeito da sentença da Corte Interamericana de Direitos humanos, onde foi dito que não se poderia afirmar que houve uma quebra ao princípio de imparcialidade ao resolver a tutela das filhas da magistrada Atala Riffo.

Em especial, o ministro Jaime Rodríguez (CORTE, 2012), afirmou que não houve intromissão da Corte Interamericana nos assuntos dos Tribunais nacionais haja vista a competência da Corte estar fundada em tratado internacional, reconhecendo desta maneira, a importância do dispositivo do Direito Internacional:

Hay conceptos jurídicos, planteamientos de Derecho y la Corte Interamericana dejó sentado que no está comprometido el principio de la imparcialidad en los tribunales chilenos”, dijo el magistrado.

Em seguida, o ministro afirmou que a decisão da Corte Interamericana não foi uma condenação diretamente ao poder judicial chileno, mas ao Estado do Chile e como este deve, como um todo (inclusive o Poder Executivo), executar medidas remediadoras e preventivas apresentadas na sentença do caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*.

A manifestação acima pode ser comparada com os artigos 62 e 63 do Pacto de San José da Costa Rica: quando o Estado reconhece a competência da Corte Interamericana, ela poderá julgar qualquer caso relativo à interpretação das disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, **declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.** (grifo nosso)

[...]

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 preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (grifo nosso)

Ademais, quando a Corte Interamericana concorda que houve uma violação aos direitos e liberdades protegidos pela convenção, a Corte pode sentenciar o país medidas reparatórias:

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, **a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados.** Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (grifo nosso)

Com isto, o Ministro, como detentor de conhecimentos jurídicos, reconheceu a influência do Direito Internacional Público no ordenamento jurídico interno, afirmando o respeito a competência da Corte em virtude da concordância do Chile sobre a sua influência. Além disto, também afirmou como o caso poderia ser utilizado desde logo na jurisprudência dos tribunais chilenos, o que reforça a importância da decisão do caso Atala Riffo contra atitudes preconceituosas a indivíduos em relações homoafetivas.

Abordando o aspecto teórico, o próximo tópico aprofunda-se na análise da teoria universalista e de ordem pública universal, que vem, em determinados quesitos, relativizando a supremacia dos Estados.

6 O UNIVERSALISMO NA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA

Utilizando o artigo do autor Mateus Kowalski (2012) ressalta-se a doutrina universalista, utilizada por teóricos do direito internacional que, diferentemente da doutrina particularista, não limita a atuação da Justiça aos órgãos interestatais.

A partir do processo de globalização, o qual progressivamente vem tornando as relações entre os Estados mais frequentes e complexas, maturando o conceito de uma “ordem pública universal”, são utilizados com maior frequência instrumentos internacionais que buscam condenar as atitudes infratoras de direitos humanos cometidas pelos Estados, como explana Kowalski (2012, p. 858):

[...] Neste sentido, a “ordem universal” assume-se como um objetivo de constituição e desenvolvimento de um corpo normativo de aplicação universal sobre matéria de pendor universal que **ultrapassa a capacidade de jurisdição individual dos Estados e que, como tal, exige uma regulação que vá para além da ordem interna dos Estados e que tenha primazia sobre esta.** (grifo nosso)

Para Ferdinand Tönnies (apud 1877 PEREIRA; QUADROS, 2007, p. 32-33), a comunidade internacional, transcende as relações intersubjetivas do âmbito estadual, formulada por interesses comuns convergentes entre os Estados por ela compostos. Entretanto, o individualismo dos Estados, manifestado pela sua soberania, acaba por fundar um potencial fator de conflito, mais poderoso que os elementos unificadores das vontades dos entes estatais.

Com base no disposto em tela, observando um ponto de vista clássico, o Direito Internacional seria resumido a mera coordenação de soberanias estatais em virtude de almejar determinado interesse do Estado. Todavia em uma concepção mais moderna, um grande número de áreas de cooperação entre os Estados vem predominar sobre o individualismo, de forma que a soberania dos Estados se encontra limitada pela série de regras internacionais que moldam os princípios fundamentais de uma sociedade interestatal, que, por tal, precisa de instrumentos regulamentadores.

Assim, é perceptível que a doutrina universalista faz uso dos órgãos internacionais como um elemento final que pode ser utilizado em busca de justiça contra o ordenamento jurídico interno. No caso em questão, a disputa judicial percorreu todas as instâncias do judiciário, chegando até a suprema corte chilena, momento que o órgão maior decidiu retirar a guarda das filhas da senhora Atala com base em concepções preconceituosas a respeito de sua sexualidade, determinando a mãe e sua companheira como incapazes de criar as crianças fora dos moldes heteronormativos.

Como fonte de normatividade, os tratados, tal qual demonstra Kowalski (2012), assumem uma posição nuclear no direito internacional a mediada que se ocorre o desenvolvimento e codificação progressiva do Direito Internacional, são instrumentos utilizados de forma frequente, garantindo maior segurança e certeza jurídica devido a presença de forma escrita e o resultado da vontade direta dos Estados.

Em verdade, foi a fundamentação principal para proteger Atala Riffo das violações cometidas pelo Chile como pode ser observado anteriormente, não apenas havia um documento protetor de seus direitos e de suas filhas como também demonstrava a concordância do Estado do Chile com as diretrizes gerais as quais seus instrumentos de direito interno deveriam ser condizentes.

Em adendo, os tratados internacionais constituem elementos fundamentais para a edificação de uma base normativa para o Direito Internacional e da ordem pública universal e tal foi base para a decisão da Corte Interamericana.

Como pode ser perceptível pela decisão do caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, foram analisadas as supostas infrações cometidas ao tratado, que foi base para a condenação do Chile pela Corte Interamericana. O tratado internacional consta em um elemento normativo que estabelece regras as quais deverão ser seguidas pelos países signatários, caracterizando elementos garantidores de maior certeza jurídica, devido à forma escrita e por constarem em um resultado da negociação direta entre os Estados na confecção do documento internacional, havendo, por conseguinte, seu consentimento em seguir as diretrizes internacionais.

Segundo Kowalski (2012), também existem os tratados que assumem uma relevância maior entre os demais, estes podem ser denominados como “convenções de ordem pública”, também conhecidos como tratados-lei, os quais estabelecem regras abstratas regulamentadoras das relações sociais na comunidade internacional, tendendo a uma participação universal, adotando matérias essenciais como os direitos humanos, tal pode ser exemplificado na Convenção Americana de Direitos Humanos, principal fonte de direito utilizada para a condenação do Chile.

Tendo em vista que o Chile ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, assumiu o compromisso de cumprir as regras que deveriam regular as relações sociais em âmbito internacional. Embora a Corte Suprema do Chile tenha a prerrogativa de determinar o que é ou não direito em seu ordenamento jurídico, a condenação do Estado pela Corte Interamericana demonstra a existência de restrições quanto a motivação dos ministros chilenos, que deveriam ainda cumprir o regramento do tratado.

Desta forma, como reafirma Kowalski (2012), o Direito Internacional regula de forma abrangente a sociedade internacional, não estando confinado às jurisdições dos Estados. Desse modo, os países são orientados por valores universais, tornando o Estado em um instrumento para a implementação progressiva desses valores, adequando-se com a realidade global que, com os crescentes movimentos sociais, a decisão da Corte Interamericana, com base no novo molde da comunidade internacional, vetou o entendimento preconceituoso da Corte chilena.

No tópico seguinte, é explanado como um tratado internacional assim como o Pacto de São José da Costa Rica pode ter prevalência sobre as decisões em âmbito interno o que foi elemento de grande peso na condenação do Chile no Caso Atala Riffo.

7 PREVALÊNCIA DO TRATADO INTERNACIONAL SOBRE A DECISÃO CHILENA

O tratado internacional consiste em um acordo formal firmado entre dois ou mais países, se exprime em determinado momento para o alcance de interesses em comum, havendo papel importante nas relações internacionais, e, por conseguinte, no Direito Internacional. Nesse sentido, o artigo 2º da Convenção de Viena, da qual o Chile é signatário expõe que:

- a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e **regido pelo Direito Internacional**, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;
- b) "ratificação", "aceitação", "aprovação" e "adesão" significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento **em obrigar-se por um tratado**. (grifo nosso)

O Estado que adere a um tratado internacional compromete-se em cumprir com o estabelecido em seu texto, o que inclui, em determinados momentos, transformar o Direito Interno para adequá-lo ao estabelecido no documento internacional.

No caso do Estado do Chile, houve uma infração ao tratado internacional da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, como consequência, sentenciou que o Estado efetuassem diversas obrigações em prol de reparação dos danos cometidos a senhora Atala e suas filhas, além de criar medidas para evitar futuras infrações nesse sentido.

Desta forma, o direito interno de um Estado não poderia prevalecer frente a uma imposição da Corte, uma vez que o Chile reconheceu a competência da Corte Interamericana para julgar casos em que o país seja réu.

Ademais, vale ressaltar outro artigo que põe a luz a imperatividade da norma de direito público, o artigo 27 da convenção supracitada:

Artigo 27

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (Grifo nosso)

É perceptível, no decorrer do litígio no tribunal internacional, em especial na argumentação sobre a violação do direito à privacidade, como o Chile arguiu sobre o dever dos magistrados em ultrapassar os limites do direito inerente à senhora Atala Riffo, investigando a sua vida privada sob a argumentação do dever do juiz, nas limitações da lei, investigar detalhes íntimos das partes na busca pelo suposto interesse superior da criança.

Além disto, como também foi mencionado anteriormente, a violação do direito à igualdade e não discriminação decorreu de uma infração a uma norma *jus cogens*, normas fundamentais para o direito internacional haja vista a sua imperatividade e abrangência como demonstra o artigo 53 da Convenção de Viena:

Artigo 53

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. **Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida** e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (grifo nosso)

Desta forma, complementando o artigo 27 previamente mencionado, a atitude do Estado do Chile foi uma completa infração ao tratado por ele reconhecido, que, por conseguinte passou a aderir ao seu ordenamento jurídico como também ocorreu a infração a uma norma fundamental ao Direito Internacional.

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou como errônea a interpretação da Corte Suprema do Chile, visto ter aplicado um conceito restritivo de família o qual não tem prevalência na comunidade internacional, como explana Adherbal Meira Mattos (2003, p. 47):

O DIP é produto da sociedade internacional que exige normas para a sua regulamentação, condicionando-se, às vezes, modificando-a da mesma forma como ocorre com o Direito como um todo, e com a sociedade vista sobre um ângulo global. Essa interação Direito-sociedade e Direito Internacional-sociedade internacional obedece a uma funcionalidade. Logo, numa era de intensas relações internacionais, como a presente, **deve o DIP estar em perfeita adequação com os fatos novos que surgem** e com os interesses vitais de grandes potências, tendo sempre o pressuposto e escopo a sociedade internacional. (Grifo nosso)

Portanto, as decisões da Corte Interamericana levam em consideração a nova dinâmica da sociedade a qual ultrapassa os limites territoriais dos Estados. Em vista disso, impõe sanções

aos países infratores de direitos humanos, em especial quando o próprio Direito Interno do país não aborda ou descumpra com suas obrigações para com o Direito Internacional.

No tópico a seguir, será explanado as ocorrências após a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no intuito de compreender se o Estado do Chile cumpriu as disposições da sentença e as está cumprindo efetivamente.

8 SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PELA CORTE INTERAMERICANA

De acordo com a Supervisão de Cumprimento de Sentença (2017), em relação à obrigação de conceder atenção médica e psicológica ou psiquiátrica às vítimas Karen Atala Riffo e as crianças M., V. e R. por um período de 04 anos cada, a Corte Interamericana definiu como cumprida em sua totalidade.

Entretanto, ainda existe o descumprimento do Estado do Chile quanto ao dever de continuar implementando programas e cursos permanentes de educação, constando temáticas em: a) direitos humanos, orientação sexual e não discriminação; b) proteção dos direitos da comunidade LGBTI; c) superação dos estereótipos de gênero contra a população LGBTI.

Segundo a Corte Interamericana, os cursos devem estar dirigidos a funcionários públicos a nível regional e nacional, em especial aos funcionários judiciais em todas as áreas e escalões do ramo judicial, a Corte também adicionou que o caso em questão deveria ser mencionado assim como as demais jurisprudências internacionais relacionadas à temática.

Na resolução apresentada em novembro de 2013, a Corte analisou a informação apresentada pelo Chile sobre os cursos ministrados, foi concluído que o Estado apresentou informações que não permitiram concluir que os programas ministrados versavam de maneira específica sobre as temáticas estabelecidas na sentença, nem informação que permitia comprovar se tais programas eram permanentes ou a extensão de acesso dos funcionários públicos.

Na resolução mais recente, os membros da Comissão Interamericana reconheceram os esforços do Estado efetuou para o cumprimento da sentença, apresentando os diversos cursos

efetuados pela Academia Judicial³ (entidade de direito público chilena ocupada de capacitar os membros do Poder Judiciário do Chile).

Todavia, tais medidas não restaram suficientes para a satisfação plena da sentença pois o Estado deve ainda assegurar que os programas e cursos tenham caráter permanente e possa ser dirigido aos funcionários públicos tanto em nível regional e nacional quanto às diversas áreas e escalões dos funcionários judiciais.

A Corte Interamericana, em seguida, ressaltou que apesar do Estado ter oferecido os cursos requisitados como foi manifestado, eles não guardam o conteúdo relacionado às capacitações proferidas na sentença mas, em sua maioria, versam sobre temática geral de direito internacional e direitos humanos, com exceção dos cursos “*Cuestiones sobre identidad sexual y discriminación por razón de sexo, género y orientación sexual*” e “*Género y derecho: estereotipos de género*”, os quais entraram em concordância com os requisitos da Corte.

Também foi destacada a iniciativa do Estado do Chile no informe de junho de 2016 em relação a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei que criou a “*Subsecretaría de Derechos Humanos*”, órgão dependente do Ministério da Justiça e Direitos Humanos, a Corte considerou a sua criação positiva porque, segundo o Chile, o órgão se ocupava, dentre outras tarefas, na colaboração na execução de sentenças internacionais nas quais o Chile seja parte e a implementação das recomendações ao Estado chileno originadas do Sistema Interamericano.

Entretanto, apesar de tais medidas positivas acima mencionadas, o Chile ainda não cumpriu com a elaboração dos cursos e de medidas concretar para a capacitação dos funcionários públicos do país. Ademais, ainda se encontra pendente a obrigação de reparação e custas no caso em questão, conforme o artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

4. ³ 21. El *Estado* se refirió a los diversos cursos y capacitaciones para funcionarios judiciales que se han impartido desde el año 1994 en la Academia Judicial³ a través del “Programa de Formación”³, del “Programa de Perfeccionamiento”³ y del “Programa de Habilitación”, en los cuales se abordan, entre otras, “temática[s] de los derechos humanos”³. En particular enfatizó en la realización, en dicha Academia, del Curso “género y derecho: estereotipos de género”, y del curso sobre “Cuestiones de Identidad Sexual y Discriminación por razón de Sexo, Género y Orientación Sexual” (*infra* Considerandos 26 y 27). También reiteró la información sobre el convenio existente entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Academia Judicial (*supra* Considerando 20 y nota al pie 27). Adicionalmente, Chile alegó que diversas Secretarías de Estado y Ministerios han realizado actividades tendientes al cumplimiento de la capacitación de funcionarios públicos (*infra* Considerando 32). (CIDH, 2017, p. 10)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, podemos observar o prosseguimento do caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, tendo início como uma batalha pela guarda das crianças em 2003 no Juizado de Menores de Villarrica, trajetória pelo Sistema de Direito Interno Chileno ao momento que o caso é julgado pela Corte Suprema do Chile.

Após isto, o prosseguimento ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e, eventualmente o julgamento pela Corte Interamericana condenando o Chile frente às violações de Direitos Humanos com base no Pacto de São José da Costa Rica.

Ademais, por meio da perspectiva da teoria universalista, como foi abordado no presente artigo, percebe-se que, com a existência de uma “ordem universal” desenvolvida de um núcleo de normas de aplicação universal capaz de ir além dos limites do ordenamento jurídico interno, cuja a regulamentação depende de órgãos internacionais, tal foi essencial para derrubar a decisão de Direito Interno na decisão da Corte Suprema do Chile contra a Senhora Atala.

Foi perceptível a importância dos tratados, fontes do Direito Internacional Público como instrumento para a proibição da discriminação pela orientação sexual. Em virtude da Segunda Convenção de Viena, os tratados possuem força de lei, e, portanto, devem ser seguidos pelos países que o ratificarem, como no caso do Estado do Chile, ainda expressamente determinando que um país não pode descumprir um tratado em virtude de um direito interno.

Desta forma, quando o Chile foi julgado perante a Corte Interamericana, ele feriu o tratado internacional o qual foi signatário, com o dever de cumprir estes instrumentos legais, ocorreu a prevalência do tratado sobre a decisão chilena.

Embora não havendo o cumprimento em sua completude, constatou-se que o Estado do Chile busca efetuar o cumprimento da sentença internacional, já havendo cumprido com o objetivo do auxílio médico-psicológico à senhora Atala Riffo e suas filhas.

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, instrumento internacional, prevaleceu sobre a jurisdição chilena e, por conseguinte, combateu a discriminação pela orientação sexual, formulando um instrumento importante de direito internacional em futuros casos similares.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA JUDICIAL CHILE. Disponível em:
<http://www.academiajudicial.cl/LaAcademia.aspx?id_menu=26>. Acesso em: 11/09/2019.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Rifo y niñas vs Chile, 2012.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [Convenção (1969)]. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em:
<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 22/09/2019.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile supervisión de cumplimiento de sentencia**. Presidente: Roberto F. Caldas, 10 de fevereiro de 2017 Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/atala_10_02_17.pdf> Acesso em: 11/09/2019.

CORTE Suprema se refiere a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Noticias del Poder Judicial**. Chile, 21 março 2012, p.1. Disponível em:
<https://www.pjud.cl/home?p_p_auth=IHJvnD6p&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Fcorte-suprema-se-refiere-a-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos&_101_assetEntryId=873650&_101_type=content&_101_urlTitle=corte-suprema-se-refiere-a-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos&redirect=https%3A%2F%2Fwww.pjud.cl%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3DATALA%2BRIFFO%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fcorte-suprema-se-refiere-a-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos&inheritRedirect=true> Acesso em 15/09/2019.

GALAZ VALDERRAMA, Caterine et al .Derechos LGTBI en Chile: tensionesenlaconstitución de otredadessexualizadas. **Psicoperspectivas**, Valparaíso , v. 17, n. 1, p. 6-16, março 2018 . Disponível em:
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-69242018000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2019

GONÇALVES, André Pereira; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. **Boletim da Faculdade de Direito**: Universidade de Coimbra, Coimbra, v.88, n.2, p. 857 -880, 2012.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direitos e relações internacionais**, Belém: CESUPA, 2003.