

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Matheus Magnun Moura

A União Homoafetiva é um Direito Humano reconhecido pelo Sistema Interamericano?

Porto Alegre

2019

MATHEUS MAGNUN MOURA

**A UNIÃO HOMOAFETIVA É UM DIREITO HUMANO RECONHECIDO
PELO SISTEMA INTERAMERICANO?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora Prof.^a Dr.^a Daniela Copetti
Cravo

Porto Alegre

2019

MATHEUS MAGNUN MOURA

A UNIÃO HOMOAFETIVA É UM DIREITO HUMANO RECONHECIDO PELO SISTEMA INTERAMERICANO?

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora Prof.^a Dr.^a Daniela Copetti
Cravo

Aprovado em 08 de julho de 2019

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Daniela Copetti Cravo
Orientadora

Professora Doutora Juliane Sant'Ana Bento

Professora Mestra Tatiana Bruhn Parmeggiani

À minha mãe, pelos impulsos revestidos de acolhimento.

À minha vó pela crença e conselhos amorosos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha mãe, pela atenção, suporte e compreensão durante todo meu período de estudos, e por ser um exemplo de força e determinação que me incentiva a lutar por minhas conquistas futuras.

Às minhas tias, educadoras, que foram responsáveis por grande parte de minha caminhada.

À minha orientadora, professora Daniela Cravo, que de forma minuciosa direcionou meus pensamentos e aspirações – muitas vezes descoordenados e fictícios – para a realização desta pesquisa.

À Flávia Freitas, que com carinho, paciência e muita compreensão, me amparou nos momentos de desespero.

Às minhas queridas amigas que conheci na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e que levo para a vida, Raíssa Farias, Mariana Bordin e Janaína Cardoso, que trilharam comigo essa linda caminhada durante o curto período acadêmico repleto de momentos felizes. Que possamos compartilhar muitos momentos durante a vida.

A todo corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial àqueles que lecionaram as cadeiras de Direito Internacional e Direito do Trabalho, responsáveis pelo meu apreço pela matéria.

A Deus e a todos os demais que contribuíram para a minha formação.

E as conversas junto ao lampeão
Os velhos casos que meu pai contava
Ficou guardado aqui no coração....
(CHEIRO DE SAUDADE, Neuza Moura)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar se a união homoafetiva é recepcionada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não obstante a isso, se ela é reconhecida como entidade familiar, expondo a opinião da Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na Opinião Consultiva 24/17. Partindo de conceitos de Direito interno e também do entendimento da Corte acerca da definição da entidade familiar, nota-se que o entendimento predominante no SIDH é o de que a constituição de família independe do sexo de seus membros, pois está atrelado aos laços existentes entre seus partícipes de modo que visando um direito fundamental, que é o de se constituir família, devem os estados estenderem todos os institutos jurídicos que legalizem a união de pessoas de sexo diferente às pessoas do mesmo sexo, visando não se desrespeitar os princípios da igualdade e não discriminação. Em síntese, assim como o entendimento predominante no direito interno brasileiro, a união entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida no SIDH, estendendo a igualdade de direito há milhares de pessoas, tendo em vista que na América Latina apenas Brasil, Argentina e Uruguai reconheciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chave: União Homoafetiva; Direito Fundamental; Entidade Familiar; Direito Humano; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Casamento.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze if the homoffective union is approved by the Inter-American Human Rights System, despite this, if it is recognized as a family entity expressing the opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the basis of Advisory Opinion 24/17. Starting from concepts of domestic law and also from the Court's understanding of the definition of the family entity, it is noted that the prevailing understanding in the ISHR is that the constitution of a family is independent of the sex of its members, since it is linked to the bonds existing between its members so that aiming at a fundamental right, which is to constitute a family, should the states extend all legal institutes that legalize the union of people of different sex to those who are the same sex in order not to disrespect the principles of equality and non-discrimination. In short, as well as the prevailing understanding in Brazilian domestic law, same-sex unions are recognized in the SIDH, extending equality of rights to thousands of people, since in Latin America only Brazil, Argentina and Uruguay recognized the marriage between people of the same sex.

Keywords: Homoffective Union; Fundamental right; Family Entity; Human Right; Inter-American System of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; Marriage.

LISTA DE ABREVIATURAS

OEA	Organização dos Estados Americanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
CDVT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados 1969
OC-24/17	Opinião Consultiva de 24 de novembro de 2017 solicitada pela Costa Rica
LGBTI	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)	14
1.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	14
1.1.1 Convenção Americana de Direitos Humanos	15
1.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)	16
1.1.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	17
1.2 O DIREITO À FAMÍLIA	18
1.2.1 Casamento	20
1.2.2 Das espécies de casamento	22
1.2.2.1 <i>Casamento civil</i>	22
1.2.2.2 <i>Casamento religioso</i>	22
1.2.3 Da capacidade das partes	23
1.2.4 Da união estável	23
1.2.5 Do direito à não discriminação e à igualdade	26
2 A UNIÃO HOMOAFETIVA E A FORMAÇÃO DE FAMÍLIA NO SIDH	28
2.1 DO ENTENDIMENTO DA CORTE ACERCA DA UNIÃO DE CASAIS DO MESMO SEXO	29
2.1.1 O direito à igualdade e a não discriminação dos casais LGBTI	30
2.1.2 Das diferenças de tratamento que resultam em discriminação	32
2.1.3 A proteção internacional dos vínculos de pessoas do mesmo sexo	33
2.1.4 Os mecanismos pelos quais o estado pode proteger as famílias diversas	35

2.2 DO VINCULO ENTRE OS ESTADOS E AS DECISÕES INTERNACIONAIS EM FUNÇÃO DE TRATADOS	37
2.3 VALIDADE DOS TRATADOS.....	39
2.3.1 Objeto possível.....	39
2.3.2 Consentimento Mútuo	39
2.3.3 Habilitação	40
2.3.4 Capacidade dos contratantes	40
2.4 ADESÃO, ACEITAÇÃO E RATIFICAÇÃO.....	40
2.5 DA EFICÁCIA E ABRANGÊNCIA DA OPINIÃO CONSULTIVA PARA COM OS ESTADOS	42
2.5.1 Função contenciosa.....	42
2.5.2 Função consultiva	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos humanos é um sistema institucional que visa a defesa dos direitos humanos seguindo alguns protocolos e regras internacionais. Sua origem data o ano de 1948 com a Organização dos Estados Americanos, objetivando a manutenção da paz, a segurança coletiva, a defesa da democracia e a preservação dos direitos humanos. Com a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José (Costa Rica), que é um órgão judicial autônomo e objetiva a aplicação e interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como outros tratados de Direitos Humanos, o Sistema emite decisões e opiniões acerca de casos onde se existe um direito humano fundamental lesado e também acerca de temas com importante relevância social.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui, portanto, um papel essencial quando se versa sobre direitos humanos fundamentais, desenvolvendo entendimentos que devem ser seguidos pelos países que dele participam. Dentre eles, um dos quais se torna de extrema relevância para o presente excerto, é o conceito de família, adotado pelo Sistema, bem como a sua formação e institutos jurídicos que a legalizem.

Em que pese, há de se esclarecer que a formação de família quando atrelada ao âmbito jurídico, necessita de legalização, através de instrumentos de direito interno de cada país. Sabe-se que a formação de família no direito positivo brasileiro pode ser caracterizado através da união civil, união estável e matrimônio, este último presente na CF/88 e positivado como sendo apenas de passível de celebração entre a figura do homem e da mulher quando se fala em reconhecimento estatal, caso que veio a ser modificado apenas em 2013 com decisão do STF afirmando a legalidade de sua realização entre pessoas do mesmo sexo.

É nesse sentido que emerge a problematização acerca do entendimento presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da a União Homoafetiva para a constituição de família como um Direito Humano Fundamental. Essa questão visa principalmente explicitar se existe a possibilidade da realização da União de pessoas do mesmo sexo dentro de todos os países do Sistema Interamericano, e não apenas no Estado Brasileiro, tendo em vista que este já a reconhece.

Nada obstante, num primeiro momento analisar-se-á a constituição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, perpassando pela Convenção Americana, Corte Interamericana e Organização dos Estados Americanos. Após, será examinado o conceito de família, matrimônio e união estável, que são alguns dos institutos jurídicos presentes no ordenamento brasileiro, bem como o direito a igualdade e não discriminação.

Na segunda parte do trabalho, voltar-se-á ao verdadeiro objetivo do trabalho: analisar o entendimento acerca do conceito de família compreendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos bem como o a discussão acerca da legalização da União Homoafetiva como um Direito Humano Fundamental e a vinculação desse entendimento com os países que participam do tratado.

Em suma, pode-se dizer que este trabalho exporá a noção do conceito de família e suas diferentes constituições partindo de um olhar do SIDH.

1 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

A Organização dos Estados Americanos é um organismo regional, que data sua criação por volta de 1948 com a assinatura em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA, resultando no nascimento da União Internacional das Repúblicas Americanas. Com a criação de tal união, começaram a ser tecidas disposições e instituições, o que ficou conhecido posteriormente como Sistema Interamericano.

A Carta da OEA define em seu artigo 1º alguns de seus objetivos:

Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional (...)¹

Ou seja, buscando promover a paz e a justiça, a OEA reúne os 35 estados independentes das Américas, para juntos alcançarem seus propósitos com base nos pilares da Democracia, Direitos Humanos, Segurança e Desenvolvimento.

1.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o sistema institucional internacional mais antigo, constituído basicamente por quatro pontos normativos principais, divididos em: Declaração Americana de direitos e deveres do homem, Carta da organização dos estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo relativo aos direitos sociais e econômicos.

Seguindo este protocolo de normas internacionais, cria-se um padrão de respeito acerca dos direitos humanos sob todo o território de jurisdição americana. Já em se tratando do Brasil especificamente, incorporou-se o Pacto de San José ao ordenamento jurídico brasileiro, com a edição do Decreto n. 678 em 1992, este conhecido também como Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Carta da Organização dos Estados Americanos. Bogotá, 1948.

1.1.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ou Pacto de San José da Costa Rica, foi resultado da elaboração do projeto que começou em 1959 e se prolongou até 1965 junto à conferência que ocorreu no Rio de Janeiro. Segundo Accioly, Silva e Casella (2017, p. 494), devido aos “inúmeros obstáculos enfrentados como a guerra no Vietnã, os regimes de exceção na Argentina, no Brasil e no Peru e decretação de estado de emergência no Chile a Conferência se reuniu na Costa Rica”, ainda houve delegações por parte dos Estados que tiveram de se adaptar às disposições de acordo com suas legislações, resultando na criação da Convenção em 22 de novembro de 1969.

Deste modo, a Convenção arrolou direitos políticos e civis, assim como alguns meios para que a proteção destes fossem alcançada, como grande destaque, vale mencionar a preocupação em especial dos países da América Latina para com a melhoria de problemas socioculturais e econômicos. Assim, partindo deste pressuposto foram criadas a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), assim como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Entre o rol de Direitos destacados pelo pacto, vale frisar alguns que são de essencial ênfase para o entendimento do presente trabalho, entre eles estão o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal, o direito à liberdade de expressão e a Proteção à família. Em seu artigo 17, 1, a Convenção cita que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Deste modo, agregado ao ideal de Liberdade apresentado em seu artigo 7,2, “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Assim, a Convenção impõe aos Estados que a ratificam uma maior proteção aos direitos fundamentais já existentes.

Nota-se aqui que o pacto fora responsável por muitos feitos, segundo Nunes e Coelho (2017, p. 232):

(...) a convenção instaurou o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Além disso, consolidou o conjunto de direitos implantados com a carta da OEA (1948) e explicitados com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948).

Em relação às atribuições da Corte IDH como um órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, possui competência para julgar e condenar os Estados partícipes da Convenção Americana por violação de Direitos Humanos, assim como, compete a interpretação das disposições da Convenção e dos tratados que versem sobre Direitos Humanos nos Estados Americanos. Quanto à publicação de suas sentenças, ressalto que visam uma tutela imediata por se tratarem de sentença Internacional.

1.1.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

Baseando-se no que foi exposto anteriormente, a Corte IDH fica responsável pela emissão de sentenças internacionais que devem ser cumpridas pelos países que ratificaram a Convenção. Contudo, o não cumprimento de tal determinação pode gerar consequências, como aduzem os autores Nunes e Coelho (2017, 233):

(...) alguns Estados apontam dificuldades para executar sentenças da Corte IDH. Frisa-se que de acordo com a jurisprudência da Corte são três os deveres dos Estados condenados: (a) dever de indenizar a vítima ou sua família; (b) dever de investigar toda a violação ocorrida; (c) dever de punir os responsáveis pela violação ocorrida.

Em seu estatuto, a Corte Interamericana apresenta alguns de seus objetivos e definições:

Art. 1 - A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto. (OEA, 1979)

Ou seja, a Corte exerce função Jurisdicional e Consultiva, possui sede em San José, Costa Rica, sendo composta por sete juízes nacionais de distintas nacionalidades que fazem parte dos Estados que compõem a OEA, e participam da mais alta autoridade moral no que se refere aos Direitos Humanos. Por fim, em

teoria o funcionamento da Corte busca a tutela dos Direitos Humanos nos Estados membros da OEA².

1.1.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos fica responsável por observar e defender os Direitos Humanos, além de servir como órgão consultivo neste âmbito à OEA. A CIDH é também um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos e possui uma organização um tanto quanto peculiar.

Composta por sete membros independentes, atuando de maneira pessoal, possui sua sede em Washington D.C. nos EUA. e fora criada em 1959 juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de realizar seus trabalhos embasados em três pilares, que são o Sistema de Petição Individual, o Monitoramento das condições de direitos humanos nos estados membros e a atenção a temas prioritários.

Vale destacar um relato interessante acerca da história da CIDH:

A CIDH foi criada em 1959, reunindo-se pela primeira vez em 1960. Já em 1961 a CIDH começou a realizar visitas in loco para observar a situação geral dos direitos humanos em um país, ou para investigar uma situação particular. Desde então realizou 92 visitas a 23 países membros. A respeito de suas observações de tipo geral sobre a situação de um país, a CIDH publica informes especiais, tendo publicado até agora 60 destes.

Desde 1965 a CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais nos quais se alegavam violações dos direitos humanos. Até dezembro de 2011, tem recebido varias dezenas de milhares de petições, que se concretizaram em 19.423 casos processados ou em processamento. Os informes finais, publicados com relação a estes casos, podem ser encontrados nos informes anuais da Comissão ou por país.

Em 1969 foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1978 e que foi ratificada, até Janeiro de 2012, por 24 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. A Convenção define os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometem

² BRAWERMAN, André. REZENDE, Fábio Teixeira. CRISTINA, Valéria Farias. Nota Introdutória à Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/211nota.htm>>. acesso em : 26 de junho de 2019

internacionalmente a respeitar e a dar garantias para que sejam respeitados. Ela cria, também, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e define atribuições e procedimentos tanto da Corte como da CIDH. A CIDH mantém, além disso, atribuições adicionais e anteriores à Convenção e que não derivam diretamente dela, sendo estes, entre outros, de processar petições individuais relativas a Estados que ainda não são parte da Convenção.³

A carta da OEA (A41), em seu art. 106, define alguma das funções da CIDH:

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.⁴

Assim, entende-se que a CIDH é responsável por receber petições individuais daqueles que alegam terem sido violados direitos em seu país, caso este país ratifique ou não o tratado, ela também se responsabiliza por observar se os Direitos Humanos estão sendo garantidos pelos países que ratificam o tratado, visitando-os esporadicamente e emitindo um relatório.

Além disso, a CIDH ainda se responsabiliza estimular a consciência acerca dos Direitos Humanos, organizar e promover visitas de representantes de governo, instituições, etc. a fim de contribuir para o estudo e propagação do conhecimento acerca dos Direitos Humanos.

Por fim, pode ainda a CIDH, fazer recomendações de medidas aos Estados membros e até mesmo requisitar a adoção de medidas cautelares para que se vejam cumpridos os seus propósitos, não obstante, detém ainda a faculdade de apresentar casos à jurisdição da Corte Interamericana e até mesmo solicitar a esta opiniões consultivas.

1.2 O DIREITO À FAMÍLIA

³ OAS, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

⁴ OAS, CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (A-41). Colômbia: Bogotá, 1948.

O Pacto de San José conceitua o preceito de família e expõe como sendo do Estado a preocupação com a sua proteção, entretanto, quando trata da união de sujeitos para a sua constituição, cita no art. 17, 2:

É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.⁵

Nota-se que a família é fundada, segundo o referido artigo, através da união do homem e da mulher em matrimônio. Logo, a condição de seu fundamento estaria vinculada ao estabelecimento do casamento, assim, a Convenção busca proteger a família como ente fundamental do Estado.

Apesar de preceituar a família, o pacto o fez de maneira breve, buscando criar uma liga maior ao conceito, segue o entendimento acerca de família, segundo Diniz (2008, p. 9):

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

Já Gomes (1998, p. 33) entende por família:

O grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.

Em vista disso, a família é um elo gerado pela convivência de pessoas que estão interligadas por laços, seja por afinidade, opção ou por descenderem de um mesmo grupo. Por consequência, ao tutelá-la, o Pacto a vincula com o casamento, afirmando que o matrimônio é base de sua formação.

⁵ Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

No direito brasileiro, há também um instituto que concede aos partícipes efeitos relativos ao casamento, contudo, não o é, tendo em vista de ser intitulada união estável. O Código Civil de 2002 cita a união estável em seu art. 1723 dizendo que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁶.

Desta forma, havendo um elo entre família e casamento, bem como união estável no caso do Brasil, vejamos abaixo como estes institutos são definidos.

1.2.1 Casamento

Com um intuito contratualista, o casamento firmado entre sujeitos perpassa a visão religiosa, e através do direito é visto como uma relação contratual entre as partes, que acordam de livre e espontânea vontade em compartilhar a vida. Se difere de um contrato obrigacional pois vai além de uma questão negocial, existindo questões sentimentais (VENOSA, 2017, p. 27).

No Código Civil vigente no Brasil, o legislador se preocupou em evidenciar tamanha preocupação com o casamento, que dedica 110 artigos a ele. Contudo, não traz o sexo dos sujeitos, limitando-se a estabelecer os requisitos para a sua celebração, os direitos e deveres dos cônjuges, além de disciplinar o regime de bens e regulamentar o seu fim.

Já a Constituição Federal Brasileira de 1988 trata do casamento em seu art. 226, *in verbis*:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

⁶ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*⁷

Por parte do Estado, também existe interesse na manutenção do casamento para a formação da família, entidade que o Estado visa preservar. Deste modo, pode-se inferir que o casamento é um contrato de direito de família que possui diversas regras pré-estabelecidas, ou seja, um contrato diferenciado que tem por finalidade promover a união do homem e da mulher em conformidade com a lei, regulando suas relações para que possam prestar assistência mútua.

Vale ressaltar que a CF/88 é explícita ao referir-se ao casamento como sendo apenas entre o homem e a mulher, não abarcando os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo.

Segundo Dias (2009, p. 141) tem-se:

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar o estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder à alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: a) vínculo conjugal entre os cônjuges; b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro. Os pais dos noivos tornam-se sogros. Os parentes colaterais até segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Cessado o casamento o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve, vindo a gerar inclusive, impedimento para o casamento.

Logo, o casamento é a constituição do matrimônio perante a sociedade através de um instituto jurídico, que pode ser visto como um contato de adesão onde as partes se limitam em além de escolher o regime de bens, dizer “sim” perante a autoridade civil (DINIZ, 2010, p. 42).

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_.asp>. Acesso em: 04 jun. 2019.

Após o feito, os anuentes acabam por adquirir direitos e deveres que variam dessa relação jurídica. Tais direitos e deveres não são unilaterais, logo, são recíprocos a ambos os cônjuges.

Não obstante, o casamento também altera a identificação do estado civil, onde passam os cônjuges a configurar *status* marital de casado proporcionando não somente a si mesmos uma garantia jurídica, mas também perante terceiros em relação a situação patrimonial, questões de direito sucessório, etc.

1.2.2 Das espécies de casamento

O Casamento possui diversas espécies quando em análise do ponto de vista da legislação brasileira, de modo que, visando encurtar a discussão acerca do tema, são apenas duas as espécies que possuem maior relevância tanto para o direito interno quanto para o direito internacional. Tratam-se, pois, do casamento civil e do casamento religioso.

1.2.2.1 Casamento civil

O casamento civil é aquele realizado perante o Estado. Dias (2009, p. 145) explicita que “trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, ou nas dependências do cartório, ou em outro local”. Assim, através do reconhecimento pelo Estado, de acordo com sua própria legislação, o casamento civil é celebrado.

1.2.2.2 Casamento religioso

O casamento religioso traz à tona a extensa discussão acerca de poderes entre igreja e estado, no Brasil, o casamento religioso possui efeito civil como supracitado no art. 226, § 2 da CF/88, dependendo sua validade da inscrição no Registro das Pessoas Naturais atendendo a devida habilitação seja antes ou depois do ato religioso.

1.2.3 Da capacidade das partes

A capacidade dos contratantes é sempre um fato relevante para o direito, isso não se diferencia no caso do casamento que, mesmo não se tratando de um contrato de um contrato obrigacional, ainda é visto no direito como um contrato, de modo que as partes devem possuir plena capacidade para constituí-lo.

No Brasil, tem-se estabelecido pela legislação uma idade mínima para a celebração civil do ato, que no caso trata-se de 16 anos. O Código Civil e 2002 expõe em seu art. 1517 que “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”⁸.

Já em alguns estados dos EUA existe a permissão para o casamento de menores de 16 anos, desde que com a autorização dos pais. Ou seja, apesar de haver variações de um país para o outro, como via de regra o casamento exige uma idade mínima das partes anuentes, tendo em vista as implicações jurídicas decorrentes do ato. Deste modo, havendo capacidade, concordância e seguindo as regras da lei, a celebração poderá ser realizada.

Por fim, entende-se que o direito à constituição de família está consolidado no Sistema Interamericano de Direito Humanos. Contudo, sua interpretação tanto à luz do Direito Positivo interno (brasileiro) como o próprio Pacto de 1969 fazem menção à formação de família citando-a como o matrimônio entre homem e mulher. Desta forma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos acolheria apenas a ideia da formação de família por pessoas do sexo oposto, seja através do casamento ou até mesmo pela união estável.

1.2.4 Da união estável

Apesar de não haver conceito específico de união estável, ela é um fato social (VENOSA, 2017, p. 44), e pode ser caracterizada como a convivência pública, duradoura e contínua entre duas pessoas com o objetivo de constituir família, ou

⁸ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em 04 de junho de 2019.

seja, não se estabelece por um único ato, forma-se com o tempo (DINIZ, 2010 p. 375).

Os elementos que a configuram são um tanto quanto relativos, a exemplo, a própria legislação não estabelece prazo para sua configuração, também não há necessidade de que o casal resida na mesma habitação, mas elementos como a existência de filhos a caracterizam de maneira mais relevante.

No Código Civil Brasileiro de 2002, ela está presente apenas no último capítulo do livro de direito das famílias. Dias (2009) disserta sobre tal ato, destacando que “inserir a união estável tão distanciadamente do capítulo do casamento revela resistência para reconhecê-la como entidade familiar de igual status” (p. 161).

Todavia, mesmo havendo esse distanciamento dos livros no Cód. Civil brasileiro, a união estável possui tutela específica do Estado, sendo concedido a ela direitos próximos ao do matrimônio. Dentre eles estão a partilha de bens, o direito a alimentos, entre outros.

Sua existência pode ser configurada pela criação de um contrato para validá-la e regula-lá tanto em questão de delimitar seu início quanto em explicitar o regime de bens adotados na relação. Contudo, na falta de um contrato de existência de união estável, prevalecerá o regime de comunhão parcial de bens, caso contrário.

Os regimes de bens disponíveis para serem acordados em união estável são os mesmos disponíveis para o casamento civil, são eles: comunhão universal de bens, separação total de bens, comunhão parcial de bens, separação obrigatória de bens e participação final dos aquestos⁹.

⁹ Os regimes de bens disponíveis no Brasil são: a) comunhão parcial de bens, onde o patrimônio adquirido durante o casamento faz parte do patrimônio comum do casal, não sendo integrado à este patrimônio os bens adquiridos antes do casamento; b) comunhão universal de bens, aqui existe a formação de uma massa patrimonial do casal, onde cada um do casal é dono da metade do patrimônio, ou seja, unificação dos bens; c) Separação total de bens, onde existe a previsão de que não haverá comunhão de bens seja anterior ou posterior ao casamento; d) separação obrigatória de bens, trata-se da mesma situação anterior, separação total de bens, com peculiaridades quanto à obrigatoriedade devido à casos específicos como casamento de pessoas maiores de 70 anos ou menores de idade; e) Participação final nos aquestos, que é nada menos que a mistura dos regimes de separação convencional e comunhão parcial de bens, sendo a menos utilizada devido aos complexos cálculos para realizar a menção de cada cônjuge. Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/408826025/quais-sao-os-regimes-de-bens-existentis>>

Acesso em: 03 junho. 2019.

A união estável se difere do casamento pois não altera o estado civil da pessoa. O estado civil se entende como sendo uma certa qualidade pessoal e sua identificação implica em reflexos que podem vir a ser produzidos em questões de ordem pessoal e patrimonial. Desse modo, mesmo estando em união estável, o estado civil do sujeito mantém-se como solteiro, fato que pode causar prejuízo a terceiros que eventualmente desconheçam da vida.

A CF/88 reconhece a união estável em seu art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”¹⁰.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro a união estável é equiparada ao casamento, não obstante o próprio Superior Tribunal Federal (STF) reconhece a ela a garantia de direitos sucessórios, tendo o companheiro que estiver em união estável o direito a meação da herança, sendo o restante dividido entre os outros herdeiros.

Tendo em vista o exposto, nota-se que o conceito de família pregado pelo Sistema Interamericano de maneira positiva, diz respeito às famílias formadas por homem e mulher, deste modo, não estariam abarcadas aquelas que são formadas por pessoas do mesmo sexo, o que iria de encontro com os princípios da igualdade e não discriminação, um dos principais de todo o SIHD. Visando elucidar o trabalho, tal princípio será abordado a seguir.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 junho. 2019.

1.2.5 Do direito à não discriminação e à igualdade

Os princípios da não discriminação e da igualdade são – se não os –, um dos mais importantes quando se refere à direitos humanos. Desta forma, estão presentes em inúmeros ordenamentos e tratados com uma função de nortear um ideal mais igualitário seja diretamente ligado à questão dos direitos humanos ou não. Partindo desse pressuposto:

A não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a favor de todas as pessoas, são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos. O elemento da igualdade é difícil de desligar da não discriminação. Inclusive, os instrumentos já citados (par. 71 supra), ao falar de igualdade perante a lei, afirmam que este princípio deve ser garantido sem nenhuma discriminação. Este Tribunal afirmou que “[e]m função do reconhecimento da igualdade perante a lei é proibido todo tratamento discriminatório.¹¹

Deste modo, nota-se que ao examinar o plano do Direito Internacional de proteção de direitos humanos, a sua constituição sempre está interligada com os princípios da igualdade e não discriminação. A Convenção IDH cita também em alguns de seus artigos a não discriminação:

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.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [...]

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, § 83.

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.¹²

Levando em consideração todo o contexto em que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos protege a família e elenca a não discriminação de pessoas, nota-se que durante a elaboração dos termos que estabeleciam a formação da família, através do matrimônio, foram-se usadas as figuras do homem e da mulher, que em união a constituiriam. Deste modo, nota-se que não fora especificado pelo tratado se dentro deste conceito de família também é abarcada àquelas formadas através de união de pessoas do mesmo sexo, seja em regime de casamento ou até mesmo em união estável.

Diante do exposto, a união homoafetiva seria um direito fundamental reconhecido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

¹² Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA E A FORMAÇÃO DE FAMÍLIA NO SIDH

Analisando a tendência de decidir aplicada pela Corte IDH, que ditará os limites, bem como o entendimento e a interpretação das normas gerais de Direitos Humanos no SIDH, passa-se a análise da relação entre o entendimento do conceito de família através das decisões advindas do Sistema Interamericano e a obrigação dos Estados em segui-las. Tais decisões, quando emitidas, acabam por vincular os Estados devido a se tratarem de tratados.

Deste modo, para entender a obrigação do cumprimento dos tratados e o devido acompanhamento das reiteradas decisões e entendimentos tomados pelo Sistema, é de suma importância inicialmente expor o entendimento da corte quanto à possibilidade da união homoafetiva como núcleo familiar, e posteriormente explicitar o que se entende por tratado e qual o vínculo gerado entre ele e os Estados que o ratificam.

Somente após tais exposições, e por conseguinte os seus efeitos, será possível finalmente pontuar o norte dado pela Orientação Jurisprudencial que versa sobre o tema. Enfim, identificadas as possibilidades e os vínculos entre as decisões e os países, ter-se-á a resposta objetivada pelo presente trabalho.

2.1 DO ENTENDIMENTO DA CORTE ACERCA DA UNIÃO DE CASAIS DO MESMO SEXO

O entendimento acerca a união de pessoas do mesmo sexo no SIDH fora consolidado a partir da Opinião Consultiva emitida pela Corte IDH em 24 de novembro de 2017 (OC-24/17). Tal parecer solicitado pela República da Costa Rica trata da Identidade de Gênero, Igualdade e Não discriminação a pessoas do mesmo sexo.

Vale lembrar que, como se trata de opinião consultiva, possui a Corte competência para manifestar sua opinião caso solicitada. Para uma melhor compreensão, dispõe o art. 64 da CADH:

1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.¹³

Logo, a opinião consultiva é um ato onde a Corte tende a demonstrar sua compreensão acerca de determinados assuntos, quando suscitados por estados ou por alguns órgãos. Neste caso, a OC-24/17 apresenta o entendimento da Corte sobre vários aspectos, dentre eles sobre a possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo com o objetivo de formar família, tema da presente pesquisa.

São dois os tópicos principais que elucidam a resposta visada no presente trabalho, intitulados dentro da OC-24/17 como “O direito à Igualdade e Não Discriminação de Pessoas LGBTI” (Tradução nossa, OC-24/17)¹⁴ e “A proteção Internacional dos Elos de casais do mesmo sexo” (Tradução nossa, OC-24/17)¹⁵.

Dessa maneira, é importante expor o relatado na opinião consultiva com uma breve análise acerca de cada um dos títulos principais, como se segue.

¹³ Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

¹⁴ EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS LGBTI. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 32.

¹⁵ LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS VÍNCULOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 72.

2.1.1 O direito à igualdade e a não discriminação dos casais LGBTI

A Corte busca demonstrar, através desta decisão, uma opinião completa acerca daquilo que entende como sendo o conceito de igualdade e não discriminação dos casais LGBTI, de modo que cita como seu entendimento o seguinte conteúdo:

A Corte assinala que a noção de igualdade se desprende diretamente da unidade de natureza de gênero humano, e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por se considerar superior um determinado grupo, seja este tratado com superior privilégio, o que, por situação inversa, por considerá-lo inferior, trate-o com inferioridade ou de qualquer forma o discrimine, do gozo de direitos que são reconhecidos àqueles que não estão incursos em tal situação (tradução nossa, OC-24/17)¹⁶

Ou seja, independentemente do gênero do indivíduo, o tratamento desigual não pode ser justificado, em virtude disto, a discussão pela manutenção da igualdade de direitos independente de gênero pelo SIDH é constante. Nesta linha, sabe-se que os Estados deveriam abster-se da criação de situações que pudessem de qualquer modo gerar discriminação entre os cidadãos, seja por gênero, sexo ou raça. Bastos cita o princípio da igualdade como sendo “um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos” (BASTOS, 1995, p. 65). Não é em vão que sua discussão aparece como sendo um dos pontos principais de um assunto que possui um tratamento relevante como a união homoafetiva.

Logo, o discurso criado até o momento é de imensa força, contudo se difere da realidade, onde tem-se pessoas sofrendo discriminação em inúmeras situações. Como é o caso da legislação brasileira, que prevê o casamento entre homem e mulher em sua Constituição, contudo nada cita a respeito da união de pessoas do mesmo sexo. A discriminação acontece, portanto, de formas diferentes, segundo Penido (2007, p. 127) “a discriminação se dá tanto por ações (condutas positivas)

¹⁶ “La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 32. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

quanto por omissões (condutas negativas ou negligênciadoras) perpetradas pelo e Estados e seus agentes ou por particulareres”.

Assim, preocupando-se com tais situações e a com a defesa dos direitos básicos, a Corte se posicionou, demonstrando que:

O não cumprimento pelo Estado da obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, mediante qualquer tratamento diferente que possa resultar em discriminação, ou seja, que não prossiga fins legítimos, seja desnecessário ou desproporcional, gera responsabilidade internacional. É por isso que existe um vínculo indissolúvel entre o princípio da igualdade e não discriminação” (tradução nossa, OC-24/17)¹⁷

Por conseguinte, em tese não há de existir espaço para discriminação nos estados, de modo que estes estão obrigados a reverter e tratar as situações de discriminação existentes. Havendo, então, na legislação positivada a permissão de situações que possam gerar discriminação, encontra-se o Estado obrigado a saná-las.

Buscando, então, objetivar a interpretação e garantir a igualdade e a não discriminação, o artigo 29 da CADH cita:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.¹⁸

¹⁷ “*El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 34. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

¹⁸ Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Fica evidente que o objetivo da Convenção é a efetivação do gozo de direitos igualitários a todos, logo, existe um preceito final que se enquadraria na definição de uma busca pela igualdade material entre os sujeitos de direito.

Visando elucidar a realidade, a Corte suscita algumas situações tais quais podem ser vista como de trato desigual.

2.1.2 Das diferenças de tratamento que resultam em discriminação

Para que exista a constatação de uma violação de direitos básicos, a Corte adotou alguns critérios, tendo em vista que a discriminação pode ocorrer em diferentes intensidades levando em conta os motivos pelos quais estas ocorrem. Nesta inclinação a Corte se pronuncia durante a decisão da seguinte maneira:

[...] quando é uma medida que estabelece um acordo para tratamento diferenciados, o Tribunal deve aplicá-la rigorosamente observando os elementos que a incorporam, elementos especialmente exigidos na análise, isto é, que o tratamento diferente deve ser uma medida necessária para atingir um objetivo convencionalmente imperioso. (tradução nossa. OC-24/17)¹⁹

A premissa da Corte, neste caso, é muito próxima a premissa de direito interno, que expõe tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Assim, todos são iguais, independente de gênero, cor, raça, sexo, tendo em vista que juridicamente todos possuem os mesmos direitos por se tratarem de pessoas.

Com esse ideal em mente, o meio de tratamento dos sujeitos de direito deve ser adequado à realidade, por conseguinte, os tratamentos discriminatórios não são tolerados pelo SIDH, apenas nos casos previstos em lei, e, claro, analisados especificamente.

A própria Corte denota que existe enraizado em muitos países o tratamento diferenciado de seus cidadãos, seja por gênero, orientação de gênero, orientação sexual e que estes argumentos para quando se fala em tratamento diferenciado não

¹⁹ “cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 42. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

são válidos e não devem ser tolerados. Logo, a conclusão acerca da discriminação e seus entrelaces no SIDH é a de que:

Um direito que é reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restrito a ninguém, e sob nenhuma circunstância, com base em sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero. O acima descrito violaria o Artigo 1.1. da Convenção Americana. O Instrumento Interamericano proíbe a discriminação, em geral, inclusive nela categorias como orientação sexual e identidade de gênero, que não podem servir como apoio para negar ou restringir qualquer dos direitos estabelecidos na Convenção. (tradução nossa. OC-24/17)²⁰

Partindo desta premissa, existe, por obséquio, o direito à união homoafetiva a fim de ser evitada a discriminação e o preservado o princípio da igualdade. Nesta linha de pensamento a Corte analisa o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo, como se verá a seguir.

2.1.3 A proteção internacional dos vínculos de pessoas do mesmo sexo

A discussão básica acerca da união para a formação de família quando se analisa do viés do SIDH se trata acerca da constituição desta. A definição inicial e exposta no Pacto de São José é a de que existe a faculdade para que o homem e mulher possam adquirir matrimônio e constituir família, contudo, a Corte reitera que a CADH protege a família e que sua formação independe da composição ser feita por pessoas de mesmo sexo, sexo diferente ou assexuadas.

Diante disto, “a Corte indicou que a Convenção Americana não estabelece um conceito familiar fechado, muito menos protegendo apenas um modelo particular dela” (tradução nossa)²¹. Logo, não havendo uma definição certa acerca daquilo que pode ser considerado família a corte busca adotar o seguinte entendimento:

²⁰ “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 24/17. Nov. 2017. p. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf> Acesso em: 23 jun. 2019.

²¹ “la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma”. Ibid., p. 73.

A definição de família não deve ser restringida pela noção tradicional de um casal e seus filhos, pois também podem ser titulares do direito à vida familiar outros parentes, como tios, primos e avós, para listar apenas alguns possíveis membros da família extensa, desde que tenham laços pessoal próximo. Além disso, em muitas famílias, a(s) pessoa(s) encarregada(s) de dar atenção, cuidado e desenvolvimento à uma menina ou menino de uma forma legal ou habitual não são os pais biológicos. Além disso, no contexto migratório, os “laços membros da família” podem ser estabelecidos entre pessoas que não são necessariamente juridicamente parentes, especialmente quando, em relação às meninas e crianças, não contaram ou viveram com seus pais biológicos em tais processos”. É por isto que o Estado tem a obrigação de determinar em cada caso a constituição do núcleo familiar da menina ou menino [...] (tradução nossa OC-24/17)²²

Como pôde-se perceber, a Corte busca atrelar a ideia de família com o conceito da existência de laços afetivos entre os sujeitos, logo, independe de gênero ou sexo, mas sim do sentimento criado na relação cotidiana. Seguindo esta linha, a Corte declara não existir dúvidas que uma família monoparental possui os mesmos direitos que uma família constituída por avós que assumem o papel dos pais, assim como a família formada por diversas identidades de gênero e/ou orientação sexual²³.

Assim, conclui-se que todas as modalidades de família necessitam de proteção pela sociedade, independentemente de como seja sua formação, logo, a Corte não visa tutelar os direitos de apenas um modelo familiar, mas sim, de todos os modelos. Enfim, a tanto a Convenção quanto o SIDH não protegem apenas um único modelo de família.

A questão que prevalece gira em torno do fato de que estando a família protegida pelo SIDH, independentemente de sua composição, estariam também a ela estendidos os direitos do matrimônio, superada a preocupação com a não discriminação, mas advindo agora o fator de direito sucessório. Em função destas questões a Corte proclama em sua opinião:

²² “[L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]” Ibid., p. 74.

²³ Ibid., p. 74.

A Convenção Americana protege, em virtude do direito à proteção de vida privada e familiar (artigo 11.2), bem como o direito de proteção da família (artigo 17), o vínculo familiar que pode ser derivado de um relacionamento de um casal do mesmo sexo. O Tribunal também estima que devem ser protegidos, sem qualquer discriminação os casais entre pessoas heterossexuais, de acordo com o direito de igualdade e não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos que derivam do vínculo familiar protegido entre as pessoas do mesmo sexo. Não obstante o acima exposto, a obrigação internacional de Estados transcende questões relacionadas apenas a direitos ativos e é projetado para todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, bem como direitos e obrigações reconhecida no direito interno de cada Estado que surja dos laços familiares de casais heterossexuais (par. 198 supra). (tradução nossa OC-24/17)²⁴

Por conseguinte, compreendida a constituição da família independente de gênero, resta ainda saber acerca dos institutos jurídicos que possam protegê-las.

2.1.4 Os mecanismos pelos quais o estado pode proteger as famílias diversas

Os mecanismos mais utilizados pelos Estados que visam proteger as famílias são os supracitados matrimônio e união estável. A partir destes institutos, de modo geral, seriam garantidos os direitos prolatados pelo Estado em relação à constituição de família.

Baseado neste ideal, a Corte fomenta que com a obrigação dos Estados em garantir os direitos humanos, e tendo muitos deles, inclusive o Brasil, declarado o casamento com um instituto fundamental protegido pelo Estado, seu cumprimento deve ser em relação a todos os cidadãos, visando por lógica, a não discriminação.

Neste sentido o estado possui o “dever de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através do qual se manifesta o exercício do poder público, de tal forma que seja capaz de garantir legalmente o livre

²⁴“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterossexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterossexuales (supra párr. 198).” Ibid., p. 80.

e pleno exercício dos direitos humanos”(tradução nossa OC-24/17)²⁵. Assim, se o Estado possui o dever de disponibilizar todos os seus institutos jurídicos de forma igualitária para a população, garantindo os direitos fundamentais, conclui-se que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria não apenas permitido como também devido e tratado com naturalidade.

Visando um enfoque direto ao tema, a Corte opinou da seguinte forma:

Os estados devem garantir o acesso a todas as figuras já existentes no ordenamento jurídico interno, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo sem discriminação por aquelas formadas por pessoas heterossexuais. Para isto, pode ser necessário que os estados modifiquem as figuras já existentes, através de medidas legislativas, judiciais ou administrativas, para ampliar os direitos aos casais do mesmo sexo. Os estados que tiverem dificuldade institucionais para adequar as figuras já existentes, transitoriamente e de boa-fé devem impulsionar estas reformas e da mesma forma possuem a obrigação de garantir aos casais constituídos por pessoas da mesma sexo, igualdade e paridade de direitos em relação aos de sexo diferente, sem qualquer discriminação. (tradução nossa. OC-24/17)²⁶

Por conseguinte, nota-se que a Corte é a favor da união de pessoas do mesmo sexo e a opinião consultiva, onde foram estendidos os mesmos direitos a todos os casais sem discriminação alguma, ainda explicita a união homoafetiva como sendo um direito básico fundamental. Logo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é a favor da união homoafetiva, seja através do matrimônio como por qualquer outro instituto jurídico presente nos ordenamentos jurídicos dos países ratificadores dos tratados.

Conforme o exposto, pelo fato de ser a interpretação da Corte em sentido favorável à formação de família através da união de casais do mesmo sexo, os Estados que ratificaram o tratado e escolheram participar do Sistema

²⁵ “[...]de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Ibid., p. 80.

²⁶ “Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.” Ibid., p. 86.

Interamericano, acabam por restar vinculados à essa interpretação. Por conseguinte, devem adotar as orientações e, nesta linha, estender os direitos dos casais heterossexuais aos casais homossexuais, com base principalmente no princípio da boa-fé.

Tais orientações decorrem de um contexto específico de Direito Internacional relacionado aos acordos entre os Estados por meio de tratados, tais quais serão explicados no seguinte ponto para justificar o efeito vinculativo entre os tratados, a boa-fé e os Estados.

Quanto ao Brasil, apesar de seguir a opinião vinculativa exposta pela Corte, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi autorizado há anos, pela Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que proibiu autoridades a se recusarem a realizar o casamento civil ou a conversão da união estável em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Logo, nota-se que a tendência em igualar os direitos para casais homoafetivos em relação aos demais vem de longa data, contudo, é adquirido aos poucos, tendo em vista que apenas três países da América Latina já reconheciam o casamento entre pessoas do mesmo sexo até a data da supracitada opinião, sendo eles Brasil, Argentina e Uruguai.

Ainda é importante ressaltar que essa questão não se encontra em debate apenas na América Latina, tendo em vista que os Estados Unidos também já foram palco para discussão acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como no caso ***Obergefell v. Hodges - 576 US***, onde após vasta discussão a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu o reconhecimento do casamento para pessoas do mesmo sexo em todos os estados do EUA. Assim, nota-se a importância da discussão acerca da garantia dos direitos fundamentais bem como a importância da decisão que estende direitos igualitários para os cidadãos de países onde o casamento homoafetivo ainda não era reconhecido.

2.2 DO VINCULO ENTRE OS ESTADOS E AS DECISÕES INTERNACIONAIS EM FUNÇÃO DE TRATADOS

O tratado internacional pode ser entendido como um acordo de vontades, entre sujeitos de direito internacional e foram as Convenções de Viena sobre

tratados de 1969 e 1986 que estabeleceram que o direito de firmar tratados deixa de ser exclusivo dos estados e podem ser também firmados entre outros entes de direito internacional, como as organizações internacionais. Segundo Accioly, Silva e Casella (2017, p. 154), o tratado é “a expressão que enfatiza as vontades, estipulando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional”.

Dentre os tratados existem algumas subdivisões que os separam hierarquicamente de acordo com a sua importância, assim, entre essas subdivisões existem a Carta, o Estatuto e as Convenções. A Carta é um termo usado principalmente pelas Nações Unidas e pela Organização dos Estados Americanos, sendo o tratado hierarquicamente mais importante. O Estatuto é aquele que se depara em relação à Corte Internacional de Justiça. A Convenção é mais utilizada junto aos tratados multilaterais.

Em se tratando de classificação, os tratados podem ser classificados de acordo com número de partes contratantes, ou seja, bilaterais ou multilaterais. Podem também ser classificados de acordo com a natureza jurídica de seu ato, entre direito natural e direito positivo, assim segundo Accioly, Silva e Casella (2017, p. 155):

Se inscreve o limite objetivo entre o que é passível de acordo entre os estados, enquanto outras matérias, por sua natureza não comportariam derrogação - mesmo ante a ocorrência de acordo formalizado em sentido diverso - em razão de sua natureza de normas imperativas de direito internacional geral, que não podem ser modificadas, senão por outras normas de natureza equivalente

Por fim, os tratados podem ser classificados ainda entre executórios e executados. Os executórios, ou de efeitos sucessivos, tratam-se daqueles que ditam atos a serem executados de modo regular, quando houver as condições necessárias. Já os tratados executados, ou de efeitos limitados, tratam de uma matéria permanente, que devem ser logo executados.

Deste modo, sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado multilateral, as especificações nela contida devem ser seguidas por todos os Estados que a ratificaram, ou seja, os Estados-membros.

Até janeiro de 2012, 24 países haviam ratificado a Convenção e à ela se vinculando, entre eles estão: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia,

Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela que agora estão vinculados aos pareceres da Corte.

Vale ressaltar que os tratados possuem validade, tal qual será discutida abaixo.

2.3 VALIDADE DOS TRATADOS

As condições básicas necessárias para que o tratado possa ter validade são: a) que o objeto do tratado seja possível, lícito; b) que exista consentimento mútuo entre os agentes; c) que estes agentes estejam habilitados; d) que os estados ou organizações participantes tenham capacidade para executar tal ato.

Assim, cumpridas as exigências para a validade do tratado, estará o agente inter-relacionado com o compromisso assumido perante os outros agentes participantes. Vale relembrar o princípio do direito internacional que visa prevalecer sobre a norma de direito interno do país/estado participante.

Neste acaso a aplicação dos entendimentos adotados no SIDH possuem vínculo direto com os países que dele fazer parte, refletindo então nas condições a serem seguidas. No caso em específico. Caso o tratado seja válido, como foi o Pacto de São José, suas definições devem ser adotadas pelo direito interno dos países pactuantes.

2.3.1 Objeto possível

Para que aconteça o vínculo legal creditado ao tratado, é necessário que o objeto ou a coisa acordada, seja legítima e lícita, por obséquio, o vínculo legal é estabelecido desde que não seja violado o direito interno e que a coisa seja possível ao ângulo do direito e da moral.

2.3.2 Consentimento Mútuo

Levando em consideração de que o tratado nada mais é do que um consenso, um acordo de vontades, a sua adoção depende do consentimento de todos os Estados participantes, exceto no caso dos tratados multilaterais, que são discutidos em conferência internacional e dependem do consentimento de apenas dois terços dos estados presentes e votantes em conferência.

2.3.3 Habilitação

Os agentes responsáveis pela representação, em tese devem apresentar o consentimento que lhes concedem os plenos poderes, porém, a própria convenção de 1969, visando a desburocratizar o sistema, aduz que a declaração acerca dos plenos poderes pode ser dispensada em determinadas circunstâncias.

Vele lembrar que a carta que os concede, deve ser ratificada pelo chefe de estado e o ministro das relações exteriores do país.

2.3.4 Capacidade dos contratantes

Aqui a premissa básica é a de que todo Estado é capaz de concluir seus tratados, exposto no Art. 6 da Convenção de Viena, o que mudou o pensamento acerca dos Estados que não eram soberanos. Desta forma, soberanos ou não, todos os Estados são capazes de constituir tratados.

2.4 ADESÃO, ACEITAÇÃO E RATIFICAÇÃO

Em seu artigo 11, a CVDT, ratificada pelo Brasil em 2009, cita as maneiras de manifestação do consentimento para com um tratado:

O consentimento de um Estado em ficar vinculado por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, a troca de instrumentos constitutivos de um tratado, a ratificação, a aceitação, a aprovação ou a adesão, ou por qualquer outra forma acordada.²⁷

²⁷ Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena: 23 de maio de 1969, p.6.

Assim, a ratificação é um item estendido a todos os tratados, sendo o ato pelo qual o Chefe de Estado confirma o tratado acordado, declarando-o aceito e convencionando acerca daquilo que fora acordado. No Brasil, tal ritual só ocorre após a aprovação do Congresso Nacional, submetendo-se assim as formalidades constitucionais exigidas.

No entanto, existem casos onde pode ocorrer a dispensa da ratificação, caso o próprio tratado venha a assim dispor, como ocorre de maneira geral quando os tratados versam acerca de matéria executiva, onde não há motivo para sua apreciação pelo poder legislativo por ser uma prática burocrática extensa.

Assim a ratificação de um tratado tende a ser por completo, em suma, o Estado o ratifica e aceita as condições e termos nele expostos, contudo, com a evolução doutrinária, abriu-se a possibilidade de que os Estados que ratificam o tratado possam efetuar reservas, que seriam espécies de exceções aos termos. Visando regulamentar tais reservas a CVDT, descreve em seu art. 19 as maneiras das reservas:

Um Estado pode, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão a um tratado, formular uma reserva, a menos que:

- a) A reserva seja proibida pelo tratado;
- b) O tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em causa; ou
- c) Nos casos não previstos nas alíneas a) e b), a reserva seja incompatível com o objeto e o fim do tratado.²⁸

Ratificados, os tratados seguem para registro e publicação, para que posteriormente possam ser executados baseando-se nos princípios gerais do direito e as demais fontes de direito internacional, gerando vínculo entre os estados e devendo ser seguido.

Assim, sabe-se que existe um vínculo relacionando os estados à opinião consultiva emitida. Tendo em vista a ratificação da CADH, segue uma breve explicação do vínculo existente entre as opiniões consultivas e os estados, e em específico, com o Brasil.

²⁸ Id., 1969, p. 10.

2.5 DA EFICÁCIA E ABRANGÊNCIA DA OPINIÃO CONSULTIVA PARA COM OS ESTADOS

O Decreto Legislativo n. 89/986, datado em 03 de dezembro de 1998 reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Contudo, as opiniões consultivas não estão vinculadas com o reconhecimento da jurisdição da CIDH e sim com a ratificação da CADH. Em terras tupiniquins, a vinculação com a CADH vem desde setembro de 1992.

As funções da Corte são divididas basicamente em duas, a) função contenciosa; e b) função consultiva.

2.5.1 Função contenciosa

A função contenciosa trata-se na capacidade de se resolver um caso com base no exposta no artigo 61 da CADH. Logo, faz-se necessário que se esgote o procedimento junto à Comissão, para a posterior análise do caso pela Corte. Ou seja, esgotado o prazo, o caso pode ser submetido à Corte sempre e quando o Estado denunciado tenha aceitado sua jurisdição obrigatória, ou a aceite no caso concreto.

2.5.2 Função consultiva

A função consultiva se introduz como uma interpretação acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados, que visam, através de opiniões conduzir os diferentes órgãos internacionais acerca da natureza das obrigações assumidas pelos Estados. Ou seja, a Corte conduz a maneira de interpretar cada dispositivo presente na Convenção e a compatibilidade com as normas de direito interno presente em cada um dos Estados membros.²⁹

²⁹ BRAWERMAN, André. REZENDE, Fábio Teixeira. CRISTINA, Valéria Farias. Nota Introdutória à Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/211nota.htm>>. acesso em : 26 de junho de 2019.

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais. (PIOVESAN, 2014, p. 235-236)

Assim, a opinião possui um caráter delimitador da abrangência de cada dispositivo da convenção com as normas de direito interno bem como com os diversos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, a vinculação da opinião emitida diz respeito com a interpretação do conceito de família, neste caso, estendendo a todos os seres o direito ao matrimônio e a outros institutos jurídicos presentes no direito interno, efetivando, por fim a garantia da igualdade a todos os sujeitos de direito e vinculando os estados ao cumprimento de sua interpretação por ratificarem a CADH.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a relação que se estabelece entre o conceito de família entendido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua formação através de institutos jurídicos buscando a igualdade de direitos entre os sujeitos independentemente de gênero ou sexo, para esclarecer se a união homoafetiva é reconhecida pelo Sistema.

Assim, pautando-se pela constituição da família através principalmente do instituto do matrimônio, notou-se que sua definição para fins práticos poderia ser desigual, de forma que tais institutos, pudessem não ser ofertados de maneira igualitária para todos os sujeitos de direito devido às suas respectivas orientações sexuais.

Observe-se inicialmente que o matrimônio é fruto da vontade de duas pessoas que anuem em sentido de compartilhar a vida a dois, de modo que trata-se de um direito fundamental que se relaciona com o ideal de liberdade e igualdade pregado pelos estados que partilham das mesmas convicções a respeito dos direitos humanos. O encontro do matrimônio, bem como da união através de institutos jurídicos de direito interno, seja para com pessoas de gêneros e orientações iguais ou diferentes, com o conceito de família e de liberdade, não poderia ser objeto privado apenas a determinadas orientações sexuais.

Deste modo o ideal de liberdade, e o preceito de igualdade e não discriminação estaria sendo apenas expostos e não cumpridos pelos estados que anuíram e ratificaram cumpri-los através dos tratados de direito internacional, principalmente àqueles que versam sobre direitos humanos.

Tem-se, então, que o entendimento predominante no Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca do conceito de família, atrela-se ao ideal de existência de laços entre pessoas, de modo que a família é formada por aqueles que possuem laços afetivos, independentemente de possuírem laços sanguíneos. Por conseguinte, sendo a família objeto de proteção dos estados, que visam preservar seus sujeitos, e delimitando seu reconhecimento legal através de faculdades como o matrimônio, tais institutos deveriam ser estendidos a todos, afinal, o estado deve reproduzir igualdade legal a seus partícipes, independentemente de orientação sexual, cor, gênero ou raça.

Partindo desta linha de pensamento, comprovou-se por conseguinte, que a corte não tolera atos discriminatórios, e que os estados que participam do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são obrigados a saná-los caso estes existam, de modo que a União entre pessoas do mesmo sexo é direito fundamental garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos e assegurado pelo Sistema Interamericanos de Direitos Humanos, não apenas por ser entrelaçado aos direitos de igualdade e não discriminação, mas também por referir-se a ingerência do estado na vida privada de seus nacionais, e sendo esta última um direito humano internacionalmente reconhecido, devem os países adotarem medidas para igualar os direitos às uniões de pessoas em geral, respeitando a vida privada e garantindo também o direito sucessório, sem qualquer observância à vida privada, apenas aos requisitos formais ora observados quando se fala de união de pessoas de sexos opostos.

Ressalto ainda que um dos princípios básicos do Direito Internacional quando se relaciona aos tratados é o princípio da boa-fé, tal princípio, neste caso, pauta-se no entendimento de que o cumprimento do acordado nos tratados será efetivado por todos os países, tendo em vista que os tratados pautam-se na anuência dos estados, que escolhem ratificá-los e por conseguinte obrigam-se a cumpri-los. Assim, não se trata de uma imposição feita pelos demais estados, mas sim de um acordo entre eles, onde os países envolvidos optaram por participar, e uma vez optando, os partícipes esperam que o acordado seja cumprido.

Assim, pode-se concluir que a jurisprudência internacional encaminha-se para a construção de um direito cada vez mais justo, garantindo aos sujeitos maior segurança jurídica quando se trata das relações afetivas que entre ele possam ser estabelecidas. Não obstante, a interpretação acerca do conceito de família pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se relaciona com a diversidade sexual dos indivíduos, pelo contrário, o sexo do indivíduo não é e nunca poderá ser motivo para tratamento desigual, pois a família tem base primeiramente nos laços afetivos formados entre seus participantes, comprovando que o entendimento adotado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos é baseado pelo preceito de abarcar a todos, aceitando cada um como se é, com suas particularidades.

Em virtude dos fatos mencionado a União Homoafetiva é um direito reconhecido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visando o não desrespeito de preceitos fundamentais, nada obstante, a união de sujeitos de direito

no geral é reconhecida pelo SIDH, pois tanto sexo quanto orientação sexual não é argumento cabal que possa impedir as pessoas de exercerem seus direitos basilares garantidos pelos estados.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS:

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALVEZ M, I. J. Introdução ao Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. **DHNET**, São Paulo, 17 maio 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/textos/alvarez_introducao_oea.pdf>.

ARRIGHI, Jean Michel. **Organização dos Estados Americanos**. São Paulo: Manoele, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERNARDES, M. N. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, dez 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade**. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAWERMAN, André; REZENDE, Fábio Teixeira; CRISTINA, Valéria Farias. **Nota Introdutória à Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/211nota.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008. vol.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUERRA, S. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEDESMA, H. F. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

MATHIAS, Marcio Jose Barcellos. **Distinção Conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/marciojosebarcellosmathias/distincao.html>>. Acesso: 24 abr. 2019.

MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **A boa-fé objetiva e seus institutos**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9087/a-boa-fe-objetiva-e-seus-institutos/1>. Acesso em 12 de março de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Diego; SANTOS, Gabriella Coelho. **A Recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. In: MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em Expansão (Vol. VI)*. Brasil: Arraes Editores, 2016.

OAS, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENINDO, Isabel de Campos Machado. **O Princípio da Igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Do Tratamento Diferenciado ao Tratamento Discriminatório**. In: LUÍZ, Marcio de Oliveira. *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Belo Horizonte, MG: Del Rey Editora, 2007. Editorial QueConceito. São Paulo. Disponível em: <<https://queconceito.com.br/familia>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 2014.

REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

RENON, Maria Cristina. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 2009. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Lia Palazzo. **Algumas considerações sobre o direito de família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens.** In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Holf Hanssen (Coords.) Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional para o século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Família.** 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos** - 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JURISPRUDÊNCIAS:

346. **Opinión Consultiva OC-21/14** de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

Cfr. **Opinión Consultiva OC-18/03** de 17 de septiembre de 2003, párr. 85; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 214; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 111.

Cfr. **Caso I.V.** Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 241.

Cfr. **Caso Gelman Vs. Uruguay**, párr. 189, y Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 207.

Cfr. **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, y 172. En ese mismo sentido, véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5.

Cfr. **Organización Mundial del Comercio.** Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón (Estados Unidos Vs. India, Malasia, Pakistán, Tailandia). Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998,

Cfr. **OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17),** Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887

(XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

Naciones Unidas, **Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19** (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2. Asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). *Derecho a la intimidad (artículo 17)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5.

“EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS LGBTI”. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Opinión Consultiva n. 24/17. Nov. 2017.

LEGISLATIVAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei Federal 10.406. Brasília: DF, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_a_sp>. Acesso em: 04 jun. 2019.

OAS, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

OAS, **CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (A-41)**. Colômbia: Bogotá, 1948.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Carta da Organização dos Estados Americanos. Bogotá, 1948.

OEA. **ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões. La Paz, Bolívia, outubro de 1979.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.