

UNIVERSALISMO E RESPEITO ÀS DECISÕES LOCAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE CASOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ENVOLVENDO DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Thiago Dias Oliva

(Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e mestrando da área de concentração em Direitos Humanos, também junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sua atual linha de pesquisa tem o apoio da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo)

Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi

(Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria e mestranda da área de concentração em Direitos Humanos, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Defensora Pública Federal, em São Paulo)

RESUMO

Após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a proteção internacional dos direitos humanos tem se expandido, na mesma proporção em que se fala na força expansiva dos direitos humanos, para todas as searas da regulação jurídica. É nesse contexto que o debate entre relativismo, universalismo e multiculturalismo ganha relevância. Tendo isso em mente, o objetivo do presente estudo é, mediante a análise de dois casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) envolvendo questões culturalmente sensíveis – direitos sexuais e reprodutivos – avaliar os valores em conflito e a posição adotada pela Corte em suas decisões. A partir dessa avaliação, as seguintes perguntas serão respondidas: (i) cabe a um tribunal internacional arbitrar conflitos de valores que ocorrem nas sociedades locais? (ii) a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Huma-

nos? No âmbito da Defensoria Pública – uma instituição que se propõe a defender, do modo mais amplo possível, os direitos da pessoa humana –, o presente estudo revela-se interessante na medida em que seus membros devem conhecer decisões internacionais envolvendo questões culturalmente sensíveis.

Palavras-chaves: Direitos humanos. Direitos sexuais e reprodutivos. Universalismo e relativismo cultural. Margem de apreciação nacional. Discriminação.

ABSTRACT

After the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the international protection of human rights has expanded, in the same proportion of the expansive force of human rights, within all fields of legal regulation. In this context, the debate between relativism, universalism and multiculturalism becomes relevant. With this in mind, the objective of this study is, by analyzing two cases judged by the European Court of Human Rights (ECHR) involving culturally sensitive issues - sexual and reproductive rights -, to assess conflicting values and the position adopted by the Court in its decisions. By means of this evaluation, the following questions will be answered: (i) it is up to an international tribunal to arbitrate conflicts of values that occur within local societies? (ii) the reluctance to take sides is inherent to the international character of the International Law of Human Rights? Regarding the role of the Public Defender, the present study reveals itself interesting in the way that members of the institution become aware of culturally sensitive international decisions and find out how to work with their arguments in an institution that protects, primarily, the human rights of the person, as widely as possible.

Keywords: *Human rights. Sexual and reproductive rights. Universalism and cultural relativism. Margin of appreciation. Discrimination.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. CASO CHRISTINE GOODWIN VS. UK 2.1 Fatos e pedido 2.2. Contexto do julgamento 2.3. Julgamento 3. CASO EVANS VS. UK 3.1. Fatos e pedido 3.2. Contexto do julgamento 3.3. Julgamento 3.4 Breves considerações sobre a opinião divergente conjunta 4. CONCLUSÃO 5. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tem-se observado, no plano internacional, a formação de um sistema de proteção aos direitos humanos por meio da assinatura de diversos tratados e convenções. O sistema em questão envolve a criação de órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais que impõem a reparação a violações de direitos humanos perpetradas por Estados e indivíduos. Todos os diplomas internacionais que estruturam o sistema de proteção à pessoa humana partem do pressuposto de que os direitos humanos constituem um núcleo de direitos essenciais à vida com dignidade, direitos esses que são comuns a todos os povos e culturas do mundo, daí o seu caráter universal.

No entanto, paralelamente à estruturação do sistema internacional de proteção à pessoa humana, surgem teorias as quais questionam a real universalidade dos direitos humanos, ressaltando a sua natureza ocidental. Os chamados “relativistas” defendem que esses direitos constituem a forma mais recente de ingerência do mundo ocidental em outras regiões do planeta, colocando em risco a diversidade cultural.

Tendo em vista esse contexto, o objetivo do presente estudo é, mediante a análise de dois casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) envolvendo questões culturalmente sensíveis – direitos sexuais e reprodutivos –

avaliar os valores em conflito e a posição adotada pela Corte em suas decisões. A partir dessa avaliação, as seguintes perguntas serão respondidas: (i) cabe a um tribunal internacional arbitrar conflitos de valores que ocorrem nas sociedades locais? (ii) a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

2. CASO CHRISTINE GOODWIN VS. UK

2.1. Fatos e pedido

Christine Goodwin nasceu em 1937 com o sexo masculino, porém desde a infância sempre identificou-se com o gênero feminino, sendo diagnosticada como transexual¹ em 1969. A partir desse diagnóstico, iniciou o processo de afirmação da sua identidade feminina. Em 1984, passou a vestir-se como mulher fora do ambiente de trabalho e iniciou tratamento hormonal para desenvolver os caracteres secundários do sexo feminino.

Três anos depois foi colocada na lista de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização, que se deu em 1990. Mesmo depois do longo procedimento junto ao sistema público de saúde do Reino Unido que culminou com a cirurgia, alegava não ser reconhecida, legalmente, como mulher.

Depois de realizar o procedimento cirúrgico, Christine afirmou ter sido assediada sexualmente por colegas de trabalho. Contudo, não pôde processá-los penalmente por estupro, porque ainda era considerada, legalmente, um homem².

1 Os transexuais são indivíduos que se identificam com o gênero oposto àquele do nascimento. Essa identificação está relacionada ao “senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, a modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. Cf. THE YOGYAKARTA PRINCIPLES, 2007

2 Ao tempo do acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, já havia jurisprudência

Além disso, Christine foi demitida sob o pretexto de que sua saúde era “frágil”. Entretanto, afirmou que o real motivo para sua demissão era a sua identidade transexual. Temendo sofrer preconceito na busca por novos empregos, Christine solicitou, junto ao Departamento de Seguridade Social, um novo número de inscrição nacional. Solicitou, também, a elegibilidade para a aposentadoria aos 60 anos – idade de aposentadoria da mulher no Reino Unido – e não aos 65 anos – idade de aposentadoria do homem. No entanto, Christine teve ambos os pedidos negados.

Outro problema mencionado por Christine, era a impossibilidade de emissão de uma nova certidão de nascimento. Essa situação, por si só, resultava na ausência de reconhecimento legal de seu gênero feminino, muito embora outros documentos pudessem ser emitidos com seu novo nome, como a carteira de motorista.

Em diversos momentos, Christine teve de escolher entre mostrar a sua certidão de nascimento – revelando, assim o seu nome e gênero ao nascer – ou desistir de obter empréstimo para adquirir seguro de vida, realizar hipoteca ou mesmo beneficiar-se com prêmios de seguro de automóvel mais baratos para mulheres. Ademais, Christine informou que, apesar de ter um relacionamento pleno com um indivíduo do sexo masculino, encontrava-se impedida de casar-se com ele.

Em síntese, muito embora sejam visíveis as mudanças sociais que assinalam a crescente aceitação da transexualidade – tanto no Reino Unido, quanto no

(R vs. Matthews, julgamento de 28 de outubro de 1996, da Corte da Coroa em Reading) no sentido de que o estupro poderia ser praticado por meio da inserção do pênis na vagina artificialmente construída de um transexual. Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2002, p. 11. No entanto, além de o julgado ser posterior aos fatos narrados por Christine e restringir-se ao entendimento de apenas uma das Cortes Criminais do Reino Unido, o pleito de Christine fundou-se em uma ação proposta junto a uma Corte de competência trabalhista. *Ibid.*, p. 4.

continente europeu e mesmo na comunidade internacional – Christine alegava a inexistência de um efetivo reconhecimento legal de seu gênero feminino³. Essa falta de reconhecimento teve como resultado, para Christine e para todos os outros transexuais do Reino Unido, uma série de constrangimentos, limitações e prejuízos financeiros.

Tendo em vista a sua situação, Christine pleiteou junto aos órgãos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a declaração de violação, por parte do Reino Unido: (i) dos arts. 8^o e 14^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, já que o país não reconhecia o seu *status* civil de mulher; (ii) a declaração da violação do art. 13^o da Convenção, por não possuir recurso judicial

3 Em geral, é preferível adotar o termo “gênero”, em virtude de sua dimensão social, ao invés de “sexo”, de caráter usualmente biológico, correspondendo à carga genética e à sua externalização física. Cf. LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte – Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, 1^aed., Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 15-40.

4 “Art. 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 1950, disponível em: < http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em 22 nov 2012.

5 “Art. 14 - Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. Cf. Ibid.

6 “Art. 13 - Direito a um recurso efetivo: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no

efetivo para solucionar as violações aos arts. 8º e 14; e (iii) a declaração da violação do art. 12⁷ da Convenção supramencionada, já que não podia se casar com um homem em decorrência da ausência de reconhecimento legal de seu gênero feminino.

2.2. Contexto do julgamento

A demanda formulada por Christine, em 5 de junho de 1995, foi considerada admissível pela Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1º de dezembro de 1997⁸, sendo remetida à Terceira Seção da CEDH. Em 11 de setembro de 2001, o caso foi analisado pela Terceira Seção que acabou por remetê-lo ao Tribunal Pleno, nos termos do art. 30 da Convenção⁹. O Tribunal, por sua vez, julgou o caso em 11 de julho de 2002.

Apesar de autoridades inglesas terem apresentado, em 2002, documento

exercício das suas funções oficiais”.

7 “Art. 12 - Direito ao casamento: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. Cf. *Ibid.*

8 À época da demanda, a Comissão Europeia ainda existia, intermediando o acesso de indivíduos à CEDH. Com a entrada em vigor do Protocolo 11 à Convenção, em 1º de novembro de 1998, a Comissão foi extinta, tendo o indivíduo, acesso direto à Corte. Cf. CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 123; COUNCIL OF EUROPE. Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 1994, disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>. Acesso em 22 nov 2012.

9 “Art. 30. Devolução da decisão a favor do tribunal pleno: Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser”. Cf. CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*

com propostas de reforma do sistema de registro de nascimento para acomodar, dentre outras coisas, a mudança de gênero, a certidão de nascimento permanecia inalterável – com exceção dos casos de erro no registro inicial, não aplicáveis aos transexuais. O critério para o registro do gênero na referida certidão continuava a ser, no momento do julgamento, o sexo biológico (cromossômico, gonadal e genital) ao nascimento.

É justamente em virtude desse critério, fixado em 1971 no caso *Corbett v. Corbett*¹⁰ - e do fato de o casamento, à época do julgamento, ser possível apenas entre um homem e uma mulher - que os transexuais, mesmo após a cirurgia de transgenitalização, não podiam contrair matrimônio com um indivíduo do gênero oposto ao seu gênero adquirido. Esse critério foi confirmado, inclusive, no caso *Bellinger v. Bellinger*¹¹, de 2001, que resultou na anulação do casamento de

10 Atualmente, o critério fixado pelo caso *Corbett v. Corbett* resta superado pelo *Gender Recognition Act 2004*, que concede aos transexuais o pleno reconhecimento legal do gênero adquirido, permitindo, inclusive, a modificação de sua certidão de nascimento e, com isso, o casamento com indivíduo do gênero oposto ao gênero adquirido. A referida lei foi tida por muitos como um marco de mudança na forma como o direito aborda a transexualidade no Reino Unido: de um critério puramente biológico para determinar o gênero, passou-se a um critério psicossocial – tendo em vista que a cirurgia de transgenitalização sequer é requisito para a alteração do registro de nascimento. Há, assim, preponderância do “gênero” em detrimento do “sexo”. Em que pese essa a evolução, há quem enxergue nesse ato normativo, uma reafirmação do sistema binário “homem-mulher” e a manutenção do sexo biológico como critério de diferenciação. Cf. SHARPE, Andrew N. *Endless Sex: The Gender Recognition Act 2004 and the Persistence of a Legal Category*. In *Feminist Legal Studies*, Vol. 15, 1ª ed. (abril), Kluwer Academic Publishers, 2007, p. 57-84.

11 Ainda que a decisão tenha anulado o casamento do transexual, houve importante voto dissidente reconhecendo a necessidade de se atentar às mudanças sociais, o que levaria a uma alteração nos critérios de determinação do gênero, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha do indivíduo no âmbito de sua vida privada. Houve também, o reconhecimento de que a manutenção da situação profundamente insatisfatória dos transexuais no Reino Unido poderia ensejar novo processo junto à CEDH. Cf. SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL. *Bellinger v. Bellinger*, 2001, disponível em: <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20_Appeal_.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2012.

um homem com um transexual do gênero masculino para o feminino.

Para questões relativas à seguridade social, às relações de emprego e à aposentadoria, o sexo do nascimento continuava sendo determinante à época do julgamento. O transexual não podia obter novo número de inscrição nacional da seguridade social, tendo a faculdade apenas de alterar seus dados presentes sem, contudo, modificar seu histórico. Houve, em 1993, decisão da Corte de Apelação no sentido de que a concessão de um novo número de identificação da seguridade social “não teria efeito prático algum”¹². Para que o empregador não inferisse a transexualidade de seu empregado – tendo em vista a idade diferenciada para a aposentadoria entre homens e mulheres –, o Departamento de Seguridade Social desenvolveu um procedimento específico para transexuais masculinos para feminino. Nesses casos, o transexual pagava diretamente a contribuição para a seguridade social entre 60 e os 65 anos. Ademais, não tinham direito a apenas 39 anos de contribuição – padrão da mulher aplicável apenas a indivíduos biologicamente considerados como tal –, devendo pagá-la por 44 anos.

Além do prejuízo evidente aos transexuais no que concerne à aposentadoria, havia riscos no âmbito das relações de trabalho, já que a não-revelação do antigo nome do transexual para o empregador podia configurar ofensa penal¹³,

12 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Christine Goodwin v. UK, op. cit., p. 8.

13 Seção 16(2)c do Theft Act de 1968 – “(1) A person who by any deception dishonestly obtains for himself or another any pecuniary advantage shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years. (2) The cases in which a pecuniary advantage within the meaning of this section is to be regarded as obtained for a person are cases where- (c) he is given the opportunity to earn remuneration or greater remuneration in an office or employment, or to win money by betting”. Esse dispositivo foi revogado pelo Fraud Act de 2006, que, no entanto, traz seção similar: “Sec. 3. Fraud by failing to disclose information. A person is in breach of this section if he— (a)dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and (b)intends, by failing to disclose the information— (i) to make a gain for himself or another”.

cumulada com demissão e/ou indenização em benefício do empregador¹⁴.

Em face das evidentes violações de direitos dos transexuais e das críticas decorrentes dessas violações¹⁵, em 1999 o Secretário de Estado para os Assuntos Internos determinou a criação de um grupo de trabalho para identificar as demandas de transexuais e propor mudanças.

2.3. Julgamento

Christine sustentou, junto à CEDH, que, em síntese, a impossibilidade de processar seus colegas de trabalho por estupro, de receber um novo número de identificação da seguridade social e de casar-se com um homem, além da desconsideração do seu gênero adquirido para fins de aposentadoria e todos os demais fatos por ela narrados, violam os arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O Reino Unido, por outro lado, alegou que não havia, à época do julgamento, acordo entre os Estados-membros a respeito do trato com a transexualidade, de modo que a questão deve ser deixada para a margem de apreciação nacional – a exemplo do que decidiu a CEDH no caso *Cossey*.

14 Além disso, a CEDH já declarou, em precedente de 1996, que discriminações relacionadas à cirurgia de transgenitalização constituem discriminação de gênero, com base no art. 5º, §1º da Diretiva 76/207/EEC (7 de fevereiro de 1976) da Comunidade Europeia sobre implementação do princípio do tratamento igualitário entre homens e mulheres no que tange às relações de trabalho (*P. v. S. and Cornwall County Council*). Os tribunais ingleses passaram a aderir a esse precedente.

15 Essas críticas têm origem, em parte, em casos anteriores levados por transexuais à CEDH, como no precedente *Cossey vs. Reino Unido*. Ainda que, na ocasião, a Corte tenha entendido que a modificação do gênero na certidão de nascimento é questão afeta à margem de apreciação dos Estados, o grande número de votos divergentes e a visibilidade do caso instigaram mudanças. Cf. CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. op. cit., pp. 113-114.

(i) Violação ao art. 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar

Em síntese, a CEDH avaliou se o Reino Unido descumpriu sua obrigação de respeitar a vida privada de Goodwin em virtude da falta de reconhecimento legal do seu novo gênero. Em sua análise, a Corte afirmou que a noção de “respeito” é muito vaga, dando ampla margem para interpretação e práticas diversas nos Estados-membros do Conselho da Europa. Assim, é um dispositivo da Convenção a que se deve dar maior margem de apreciação em comparação com outros dispositivos.

Em casos anteriores, a CEDH entendeu que o Estado não tem a obrigação positiva de alterar o registro de nascimento, criar um novo tipo de registro para assinalar o novo gênero ou mesmo impedir que terceiros tenham acesso a essas informações de registro. Contudo, ao julgar o caso Goodwin, a CEDH destacou a importância de uma interpretação evolutiva da Convenção, com base nas mudanças observadas no Reino Unido e nos demais Estados-membros.

Levando em conta essa interpretação evolutiva, a Corte considerou que o descompasso entre o gênero social e o gênero reconhecido pela lei colocava o transexual em uma posição anômala. Essa situação poderia provocar, nos transexuais, sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade, o que deve ser interpretado como uma violação à privacidade. A CEDH passou, então, a rebater os argumentos do Reino Unido:

(a) Considerações médicas: face aos percalços necessários no processo de redesignação sexual, não há como dizer que a decisão de se submeter a ele é arbitrária ou caprichosa para obter benefícios de qualquer ordem. Além disso, com toda a tecnologia atual em matéria de cirurgias e tratamentos hormonais, o único fator relevante na determinação do sexo biológico que não pode ser modificado é o sexo cromossômico, o que, no entanto, não era suficiente, no entender da Corte, para sustentar o não-reconhecimento legal da redesignação de gênero.

(b) Estado do consenso na Europa e no plano internacional: a Corte asinala uma tendência de reconhecimento dos direitos dos transexuais – inclusive de reconhecimento legal da redesignação sexual e direito ao casamento – em países europeus e em outras partes do mundo. Ainda que não houvesse um consenso europeu sobre o assunto, entendeu ser mais relevante observar essa tendência de aceitação social e reconhecimento legal dos pleitos dos transexuais.

(c) Impacto no sistema de registro de nascimentos: a CEDH afirmou que já eram feitas exceções para a alteração do registro de nascimento no caso de adoção, e que a ampliação dessa exceção para o registro de pessoas que se submeteram à cirurgia de transgenitalização não teria grande impacto no sistema em questão (número entre 2 e 5 mil pessoas). Ademais, não havia evidências de que essa alteração criaria complicações relevantes para terceiros interessados nas certidões originais ou mesmo para o direito de família e sucessões.

(d) Definindo o equilíbrio: o art. 8º da Convenção protege a autonomia pessoal, o que engloba o direito da pessoa de estabelecer os detalhes de sua identidade. O desenvolvimento pessoal de transexuais não pode ser interpretado como questão controversa: não se pode aceitar que eles vivam em uma situação intermediária entre os dois gêneros. Mesmo reconhecendo as dificuldades de adaptação do ordenamento à nova situação, a Corte entendeu serem plausíveis essas adaptações no caso de transexuais operados, como demonstrado pelo *Working Group* do governo sobre direitos dos transexuais. Na mesma linha, concluiu não haver prejuízo para os outros cidadãos no que respeita à aposentaria de Christine aos 60 anos. Destacou, ainda, que não restou provado como o pleno reconhecimento legal da redesignação sexual poderia gerar prejuízos ao interesse público.

Ao final, a Corte, superando o precedente do caso *Cossey*, considerou que a conduta do Reino Unido no caso *Goodwin* não estava no âmbito da margem de apreciação nacional. Isso porque não havia significativo interesse público na questão, em comparação com os interesses particulares envolvidos. Decidiu, assim, que houve violação ao direito à vida privada de Christine.

(ii) Violação ao art. 12 - Direito ao casamento

Revedo posição anterior, a Corte considerou que, muito embora a Convenção fale expressamente em homem e mulher, não se pode inferir que o critério para determinar o gênero deve ser interpretado, no contexto atual, como sendo unicamente o biológico. E mesmo sendo unicamente biológico, não pode ser apenas cromossômico, já que hoje um transexual operado tem praticamente todos os caracteres primários e secundários do sexo oposto.

A CEDH reafirmou a necessidade de se fazer uma interpretação evolutiva da Convenção, considerando as transformações social e científica do trato com a transexualidade. Na sequência, a Corte considerou artificial o argumento de que os transexuais tem o direito de casar garantido porque podem casar com uma pessoa do gênero oposto ao seu gênero de nascimento. No caso, a solicitante desejava se casar com um homem, já que vivia como uma mulher, mas não podia fazê-lo, o que resultou na violação ao seu direito ao casamento.

Concluindo, a CEDH entendeu que a margem de apreciação dos Estados não inclui o total impedimento do casamento do transexual, mas apenas a decisão do Estado de estabelecer os critérios para a realização da operação de transgenitalização, bem como os efeitos dela na invalidade de casamentos anteriores. Houve, deste modo, violação ao direito ao casamento (art. 12).

(iii) Violação ao art. 14 - Proibição de discriminação

Apesar de o referido dispositivo ter relação direta com a experiência so-

frida pela solicitante, a Corte decidiu que a violação ao art. 8º, da forma como estabelecida no julgamento, já encampou a condenação à conduta do Estado de não-proteção contra a discriminação, não sendo necessária a análise da violação ao art. 14.

Depois de reconhecer a violação aos arts. 8 e 12, a Corte não deu provimento ao pedido de Christine de indenização por danos morais e materiais, apenas condenando o Reino Unido ao pagamento de 39 mil libras a título de custas relacionadas ao processo. Afirmou que até 1998 a questão estava dentro da margem de apreciação nacional do Reino Unido, não constituindo violação à Convenção à época. Deste modo, considerou que a recomendação ao país para promover mudanças internas com a finalidade de assegurar o direito à vida privada e ao casamento dos transexuais já constituiu reparação suficiente¹⁶.

3. CASO EVANS VS. UK

3.1. Fatos e pedido

No ano 2000, Natalie Evans e seu companheiro, Howard Johnson, decidiram ter um filho e, para tanto, ela retomou tratamento que havia iniciado, em 1995, na Clínica de Concepção Assistida de Bath. Em outubro daquele ano, durante consulta de rotina, foi diagnosticada com câncer em ambos os ovários, os quais deveriam ser removidos.

Tendo isso em vista, os médicos explicaram ao casal que seria possível extrair alguns óvulos para o tratamento de fertilização *in vitro* com o esperma do companheiro. Assim, foram advertidos que deveriam assinar um termo de consentimento para o referido tratamento, em conformidade com o *Human Fer-*

16 As opiniões dissidentes tratam apenas do pagamento das custas processuais, não tendo importância para a discussão do presente estudo.

tilisation and Embriology Act.

De acordo com a lei mencionada, seria possível retirar o consentimento por qualquer das partes até o momento da implantação dos embriões no útero.

Levando em conta tais circunstâncias, a Sra. Evans questionou a possibilidade de somente congelar seus óvulos sem fertilizá-los, oportunidade em que foi informada de que este procedimento apresentava menor probabilidade de êxito, não sendo praticado na clínica. Neste momento, Howard Johnson tranquilizou Natalie, com a promessa de que jamais iriam se separar, estando seguro de querer ser o pai de seu filho.

Sendo assim, ambos outorgaram o consentimento necessário, com a assinatura dos formulários exigidos pelo *Human Fertilisation and Embriology Act*.

Em 12 de novembro de 2001, seis embriões foram criados e Natalie submeteu-se à operação para extirpar seus ovários. Neste momento, foi informada de que teria que aguardar dois anos para proceder à implantação dos embriões no seu útero.

Em maio de 2002, o casal rompeu a relação. Em julho de 2002, Howard Johnson comunicou a separação à Clínica, declarando que os embriões deveriam ser destruídos como consequência da revogação do seu consentimento. A Clínica notificou Natalie Evans sobre o comunicado, informando que estavam sob a obrigação legal de destruir o material genético, conforme o parágrafo 8 (2) do Anexo 3 do *Human Fertilisation and Embriology Act*¹⁷.

Assim, Natalie recorreu aos tribunais ingleses, visando à declaração de seu ex-companheiro para a manutenção do seu consentimento para o armazenamento e uso dos embriões.

Em outubro de 2003, a Corte considerou que o tratamento só seria válido se consentido de maneira conjunta, julgando improcedente o pedido da deman-

17 Um embrião cuja criação foi feita in vitro não será mantido em depósito, salvo se existir o consentimento efetivo de cada uma das partes.

dante.

Dessa decisão, a Senhora Evans interpôs recurso à Câmara dos Lordes, o qual também restou indeferido, em decisão datada de junho de 2004¹⁸.

3.2. Contexto do julgamento

Ante o indeferimento das tentativas de Natalie Evans de restaurar o consentimento de seu ex-companheiro para o uso e armazenamento dos embriões, tanto no Tribunal Superior Inglês quanto no Tribunal de Apelação, Natalie Evans impugnou as sentenças locais na CEDH, com base no artigo 34¹⁹ da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, mediante a alegação de que as sentenças vulneraram os artigos 2º (direito à vida), 8º (direito ao respeito da vida privada e familiar) e 14 (proibição de discriminação) da referida Convenção.

Em fevereiro de 2005, Natalie recorreu à CEDH – Requerimento 6339/2005 – contra o Reino Unido, tendo sido o caso, primeiramente, remetido à Quarta Seção da Corte, a qual, em março de 2006, declarou a admissibilidade do recurso, mas no mérito reconheceu que não havia ocorrido violação aos artigos da Convenção²⁰.

Na sequência, em junho de 2006, a demandante solicitou a apreciação do

18 A decisão fundamentou-se no fato de que o Human Fertilisation and Embriology Act era claro e exigia o consentimento de ambas as partes desde o início do tratamento até a efetiva implantação do embrião.

19 Este artigo preceitua que: “O Tribunal poderá conhecer de uma demanda apresentada por qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considerem vítima de violação, por uma das altas partes contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção e seus Protocolos”.

20 Por unanimidade, declarou que não foram violados os artigos 2º e 14 da Convenção e por 5 votos a 2 que não houve violação ao artigo 8º.

caso pela Grande Câmara da Corte, com fulcro no artigo 43 da Convenção.

Em julho de 2006, o Presidente da Corte, o Juiz Christos Rozakis, ordenou que fossem tomadas as medidas necessárias para garantir que o material genético fosse conservado até a decisão final.

3.3. Julgamento

(i) Violação ao art. 2º da Convenção Europeia - Direito à vida

Quanto à alegação de vulneração do direito à vida pelas disposições do Direito Inglês que permitem o descarte de embriões, com a revogação do consentimento para o tratamento, a Corte entendeu que os embriões não teriam direito à vida, no sentido do artigo 2º da Convenção. A Corte destacou, nesse sentido, que não existia um consenso europeu para determinar, com base em definição científica e legal, quando a vida começa - as questões sobre o início da vida entram na margem de apreciação nacional.

Assim, de acordo com a lei inglesa, como o embrião não tem direito à vida, nos termos do art. 2º da Convenção, não houve vulneração deste direito.

(ii) Violação ao art. 8º da Convenção Europeia - Direito ao respeito à vida privada e familiar

Primeiramente, a CEDH pronunciou-se quanto à alegação de que as disposições do Anexo 3 do *Human Fertilisation and Embriology Act*, que permitem retirar o consentimento de ambas as partes, viola o direito à vida privada e familiar, conforme o estabelecido pelo artigo 8º da Convenção. A Quarta Seção sustentou que este artigo era aplicável ao caso, visto que a noção de “vida privada” implica o respeito ao direito de decidir ter – ou não – filhos.

Tal colocação ensejou o questionamento acerca da existência de uma obrigação positiva do Estado para assegurar – a uma mulher em tratamento de fer-

tilização – a implantação do embrião, apesar da revogação da autorização pelo ex-companheiro.

Nesse contexto, tendo em vista a ausência de consenso europeu a respeito da regulamentação da fertilização *in vitro*, a Corte entendeu que tal regulamentação também deveria ser enquadrada na margem de apreciação nacional.

Além disso, a norma serviria para promover a segurança jurídica e evitar problemas de arbitrariedade, sendo a intervenção do Estado legítima na defesa do interesse público, com a primazia do consentimento.

Assim, a Grande Seção aceitou as conclusões dos tribunais nacionais, no sentido de que a demandante concordou com a criação conjunta dos embriões, portanto, os direitos de Natalie Evans não deveriam prevalecer sobre os direitos de Howard Johnson.

Nesse contexto, a Grande Seção concluiu que o direito ao respeito da vida privada e familiar abarca, dentre outras coisas, a identidade social do indivíduo, a autonomia pessoal e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos.

Cumprido, aqui, tecer alguns comentários sobre a teoria da margem de apreciação nacional. Em síntese, a Corte preceituou que uma série de fatores devem ser levados em conta para determinar a amplitude da margem de apreciação de cada Estado, nos termos dos artigos 2º e 8º.

Assim, quando não há consenso dentro dos Estados-membros do Conselho da Europa, quer quanto à importância relativa dos interesses em jogo, quer sobre os melhores meios de protegê-los, especialmente, quando o caso levanta sensíveis questões morais ou éticas, a margem será maior.

Não há abordagem uniforme europeia neste domínio. Alguns Estados promulgaram legislação primária ou secundária para controlar o uso do tratamento de fertilização *in vitro*, enquanto em outros, há mera prática médica e orientações. Logo, não se pode dizer que existe um consenso quanto ao momento em que o consentimento dos fornecedores de gametas “torna-se irrevogável”.

Portanto, uma vez que o uso do tratamento de fertilização *in vitro* dá origem a sensíveis questões morais e éticas, em um contexto de desenvolvimento científico rápido, o Tribunal considerou que a margem de apreciação nesse caso deveria ser a mais ampla possível.

(iii) Violação ao art. 14 da Convenção - Proibição de discriminação

Por fim, quanto à proibição de discriminação, mediante à alegação de que a demandante estaria sujeita à vontade do doador de esperma, para a Corte não houve qualquer ato discriminatório, pois a transferência do embrião criado *in vitro* seria equivalente à fertilização posterior à relação sexual.

Assim, cada Estado disporia de uma margem de apreciação para avaliar em que medida existiria tratamento diferenciado em situações similares.

Nesse contexto, o tribunal decidiu, por unanimidade, que não houve violação ao art. 2º da Convenção; por treze votos a quatro²¹, que não houve violação ao art. 8º da Convenção e, também por treze votos a quatro, que não houve violação ao artigo 14 da Convenção, tomadas em conjunto com o artigo 8º.

3.4. Breves considerações sobre a opinião divergente conjunta

Em síntese, os Juízes dissidentes votaram contra a constatação de que não houve violação dos artigos 8º e 14 da Convenção Europeia.

Sendo assim, concordaram com a reclamação da requerente de que, no presente caso, o impacto das regras de consentimento no *Human Fertilisation and Embriology Act* era tal que não haveria lugar a uma mulher em sua posição para proteger suas perspectivas futuras de ter um filho biológico.

Preceituaram que a medicina reprodutiva tem por finalidade precípua pro-

21 Juízes dissidentes: Riza Türmen, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Dean Spielmann e Ineta Ziemele.

porcionar uma solução possível para aqueles que de outro modo seriam inférteis. Esse propósito foi frustrado, tendo em vista que não houve abertura para exceções em circunstâncias especiais²².

Em síntese, as razões apresentadas pelos Juízes dissidentes foram as seguintes:

(i) O *Human Fertilisation and Embriology Act* não prevê a possibilidade de tomar em consideração, a condição muito especial que afeta a requerente. Pode-se concordar com a maioria que, em especial quando um problema é de natureza moral e eticamente delicado, uma regra-limite clara pode servir melhor a vários interesses em jogo, muitas vezes conflitantes. Tem sido dito que “a vantagem de uma lei clara é que ela proporciona segurança”. Mas também tem sido admitido que “a sua desvantagem é que, se for muito clara - categórica - pode oferecer segurança sem flexibilidade razoável”. Portanto, dadas as circunstâncias específicas do caso, o principal problema reside na natureza absoluta da “regra-limite clara”.

(ii) No presente caso, a abordagem da maioria abortou não apenas da requerente a decisão de ter um filho geneticamente relacionado, mas erradicou qualquer possibilidade de ela ter um filho biológico. Em síntese, a recorrente teve denegada a última chance de se tornar mãe biológica.

Portanto, com base na opinião divergente, infere-se que a aplicação do *Human Fertilisation and Embriology Act* é desproporcional. Por causa de sua natureza absoluta, a legislação impede o equilíbrio de interesses concorrentes, neste caso em particular.

Na verdade, não há equilíbrio possível nas circunstâncias do presente caso, uma vez que a decisão, pendendo para o lado de Howard - e sua escolha de não se tornar um pai -, envolve uma eliminação absoluta e definitiva da decisão

22 Parágrafos 62-64 do acórdão.

de Evans de se tornar mãe. Importante asseverar que o caso não é sobre a possibilidade de adotar uma criança ou hospedar um embrião doado²³. Aliás, Johnson ainda será capaz de se tornar pai biológico, enquanto que a recorrente teve sua última chance. Nos termos do que já se mencionou anteriormente, a Sra. Evans passou por uma cirurgia para remover seus ovários.

O então companheiro não só conhecia muito bem esse fato, como também lhe deu a garantia de que queria ser o pai de seu filho. Sem essa garantia, a requerente poderia ter tentado outras maneiras de conservar os óvulos retirados e, assim, posteriormente conceber um filho seu.

No parágrafo 90 do acórdão, em que a maioria tenta encontrar um equilíbrio entre os direitos e interesses da requerente e do ex-companheiro, nenhum peso é dado a essa “garantia”, isto é, atentar para o fato de que a Sra. Evans agiu de boa-fé, contando com a garantia a ela conferida.

A data decisiva foi 12 de novembro de 2001: a data em que os óvulos foram fertilizados e seis embriões criados. A partir desse momento, Howard J. não estava mais no controle de seu esperma. Um embrião é um produto conjunto de duas pessoas, que, quando implantado no útero, vai se transformar em um feto. O ato de destruir um embrião envolve também a destruição de óvulos da recorrente. Também neste sentido, a legislação britânica não conseguiu encontrar o equilíbrio certo.

As circunstâncias particulares do caso levam a crer que os interesses da recorrente pesam mais do que interesses de Howard e que as autoridades do Reino Unido não levaram isso em conta, o que constituiu uma violação do artigo 8º.

Os juízes dissidentes concordaram que, ao se verificar a legislação pertinente de outros Estados, diferentes abordagens emergem. Nesse contexto, a Corte justificou-se, dizendo que não há um consenso europeu sobre os detalhes

23 Vide parágrafo 72.

da regulamentação do tratamento da fertilização artificial.

No entanto, os juízes supramencionados avaliaram o caso de forma diferente, a partir de suas circunstâncias particulares, com um olhar para além da mera questão de consentimento no sentido contratual.

Certamente não se deve cogitar que a Sra. Evans - além de tudo o que já tinha passado - pudesse contemplar, ainda, a probabilidade de o Sr. Jonhson retirar o seu consentimento. É mais uma vez óbvio que o caso não se assenta confortavelmente com o esquema formal da lei que foi aplicada a ele.

Os juízes reiteraram que um caso sensível como este não poderia ser decidido de forma mecânica, com a simples constatação de que não havia um consenso na Europa, para então conceder ampla margem de apreciação ao Reino Unido.

Certamente, os Estados têm ampla margem de apreciação quando se trata de legislação efetiva que rege o uso de fertilização *in vitro*. No entanto, essa margem de apreciação não deve impedir o Tribunal de exercer seu controle, em especial, em relação à questão de saber se um justo equilíbrio entre todos os interesses concorrentes foi atingido no nível doméstico.

Para concluir, ao contrário da maioria, os juízes dissidentes consideraram que a legislação não permitia uma ponderação equilibrada das circunstâncias especiais do caso. Quando o efeito da legislação é tal que, por um lado, fornece a uma mulher o direito de tomar uma decisão de ter um filho geneticamente relacionado, mas, por outro lado, de forma absoluta a priva de nunca assumir esta posição, inflige um fardo moral e físico desproporcional para uma mulher. Esse fardo dificilmente poderia ser compatível com o artigo 8º e os fins próprios da Convenção de proteger a dignidade humana e a autonomia.

Relativamente ao artigo 14 da Convenção, os dissidentes referiram que o comparativo mais aproximado à situação de Natalie Evans seria um homem infértil, exemplo dado pelo Juiz Wall. No entanto, mesmo esta comparação não

ilustra toda a complexidade do presente caso.

Afigura-se reconhecido por instituições internacionais especializadas em direitos das mulheres, que, para assegurar seu direito à saúde, é necessário considerar os fatores biológicos – inclusive a função reprodutiva – que as diferenciam dos homens. Isso tudo a partir da perspectiva das suas necessidades e interesses específicos²⁴.

Uma mulher está em uma situação diferente em relação ao homem no que diz respeito ao nascimento de uma criança, mesmo nos locais onde a legislação regulamenta métodos de fertilização artificiais.

Referiu-se que a abordagem adequada, no caso em análise, seria a que reconhece que situações diferentes exigem um tratamento igualmente diferenciado. Os juízes dissidentes observaram as circunstâncias da requerente a esta luz, em razão da excessiva carga física e emocional e os efeitos causados pela sua condição, e é nesta base que votaram por uma violação do artigo 14 conjugado com o artigo 8º.

Ademais, referiram que, como a maioria dos casos perante a Corte, a situação em exame não é um caso apenas de política geral, envolvendo importantes interesses individuais.

Nesse sentido, para os juízes dissidentes, o posicionamento majoritário da Corte colocou peso excessivo em questões de política geral, as quais formavam apenas o contexto do caso. Assim, não realizou ponderação suficiente e razoável entre os interesses das partes em conflito, levando em conta as consequências advindas da decisão.

4. ANÁLISE DOS CASOS: DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS

24 COMITE PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, 1999.

E RELATIVISMO CULTURAL

A autodeterminação sexual constitui aspecto central da vida humana, pois compõe, junto com uma série de outros elementos, a identidade do indivíduo, não podendo ser imposta a ele: a cada pessoa cabe decidir livremente como manifestará sua sexualidade, contanto que não viole direitos de terceiros²⁵. No âmbito da autodeterminação sexual encontram-se, portanto, relações de gênero, ou seja, a forma por meio da qual o indivíduo interage com os papéis sociais, criados com base no sistema binário “homem-mulher”, seja para afirmá-los ou contestá-los. Encontra-se, ainda, a questão do desejo sexual, o qual se mantém dentre os maiores tabus das sociedades ocidentais contemporâneas, além do exercício das funções reprodutivas.

Tendo em vista o caráter culturalmente sensível da autodeterminação sexual e os tabus que cercam essa temática, muitas vezes o exercício de direitos sexuais e reprodutivos são encarados preponderantemente como uma questão de interesse público, não afeita à esfera privada da vida das pessoas. Isso fica muito evidente a partir da análise dos casos Goodwin e Evans: a constante preocupação das autoridades judiciárias com a “segurança jurídica”, a “estabilidade social” e a “arbitrariedade”, evidencia a dimensão pública que o exercício dessas liberdades individuais tomou.

Assim, ao desafiar as normas de organização social vigentes, a afirmação de direitos das mulheres e das minorias sexuais geralmente passa por um controle mais rigoroso das instituições que agem no espaço público. Como essas normas de organização social variam, em maior ou menor medida, a depender do contexto cultural em análise²⁶, pode-se afirmar que os direitos reprodutivos

25 LOHRENSCHEIT; THIEMANN, 2009, p. 15.

26 A expectativa social do feminino e do masculino, ainda que tenha um mínimo denominador comum universal, varia amplamente entre diferentes culturas. Assim, cada sociedade

e sexuais são demasiado “culturalmente sensíveis”. Isso significa que diferentes sociedades se utilizarão de diferentes critérios para determinar os conteúdos e limites dos direitos sexuais e reprodutivos.

Contudo, tanto os direitos sexuais – por parte dos transexuais, ao afirmar sua identidade de gênero – quanto os reprodutivos – por parte das mulheres, ao exercer a sua função reprodutiva – devem ser entendidos como liberdades individuais, e não como questão de interesse público. Isso porque dizem respeito ao exercício da autodeterminação sexual, um desdobramento da liberdade na esfera privada para conduzir a vida livremente.

Levando isso em conta, os tribunais internacionais readequam as decisões tomadas no plano interno dos Estados para atender aos padrões mínimos de conteúdo e alcance dos direitos sexuais e reprodutivos exigidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse processo, os tribunais empreendem certa “universalização” desses direitos, revisitando o conflito entre a autodeterminação sexual e a segurança jurídica/estabilidade social, para afirmar, nos casos concretos, qual dos valores deve prevalecer. Em virtude de sua vocação contramajoritária, o Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe o reconhecimento amplo dos direitos sexuais e reprodutivos. Assim, sob a sua ótica, a autodeterminação sexual tende a prevalecer sobre os demais valores mencionados.

No caso Goodwin, esse conflito é evidente: a aspiração de Christine de

dispõe de normas sociais específicas para regular o que é “ser homem” e o que é “ser mulher”, normas essas que servem de parâmetro para distribuir direitos e obrigações, além de privilégios econômicos e políticos. Atualmente, em algumas sociedades ocidentais, inicia-se um processo de parcial desconstrução das expectativas em torno dos gêneros masculino e feminino, o que permitiu o reconhecimento do direito ao casamento para homossexuais, por exemplo. Contudo, na maior parte das sociedades ocidentais – bem como em praticamente todas as outras sociedades – continua a ser inconcebível esse reconhecimento, exatamente porque a conformação ao modelo binário “homem-mulher” impõe ao homem que se una a uma mulher e à mulher, que se una a um homem. Nesse segundo grupo de países, os direitos sexuais têm conteúdo e alcance reduzido em comparação com o primeiro grupo.

adotar um novo gênero e de ter esse aspecto da sua identidade reconhecido tanto social, quanto legalmente, integra a sua prerrogativa de autodeterminação sexual. Por outro lado, os argumentos do Reino Unido no sentido de que a plena aceitação da transexualidade ainda não é uma realidade e de que ela geraria impactos negativos no ordenamento jurídico e na organização da sociedade britânica reflete o apego à “estabilidade social” e/ou à “segurança jurídica”. Em sua decisão, a Corte adotou uma posição contramajoritária, defendendo o pleno reconhecimento dos direitos dos transexuais em detrimento da posição majoritária, avessa às transformações sociais e, portanto, refratária ao reconhecimento dos direitos do grupo minoritário em questão.

Já no caso Evans, contudo, a Corte adotou postura diferente, abstendo-se de impor a preponderância da autodeterminação sexual, ao relegar a decisão tomada no âmbito interno à margem de apreciação nacional do Reino Unido. Isso mesmo em face de a interferência na vida privada prescrita no *Human Fertilisation and Embriology Act* ser claramente desnecessária e desproporcional às circunstâncias especiais do caso.

Entende-se, na linha do voto divergente conjunto, que as consequências da referida Lei para a Sra. Evans foram de caráter absoluto e irreversível, tendo em vista ter se tornado estéril. Deste modo, os efeitos da sentença não têm o mesmo alcance para cada uma das partes. Para o homem, a eventual procedência do pedido geraria consequências de caráter econômico e familiares. Já para a mulher, a improcedência do pedido eliminou, de forma absoluta, o seu direito de ser mãe biológica. Pode-se inferir, em síntese, que a legislação nacional não alcançou equilíbrio justo nas circunstâncias do caso concreto.

5. CONCLUSÃO

Os dois casos ilustram como um tribunal internacional pode – ou não – arbitrar conflitos de valores nas sociedades locais. Caso um tribunal internacional fosse incapaz de proceder dessa maneira, seria inviável a sua atuação, já que todo caso relativo a direitos humanos envolverá conflitos dessa ordem. Justamente em virtude da sua vocação contramajoritária, os casos levados a tribunais de direitos humanos dizem respeito a direitos de grupos minoritários violados em virtude das escolhas políticas da maioria – “maioria” não no sentido numérico da palavra, mas com a acepção de grupo detentor do poder político.

Assim, é natural que o tribunal internacional, analisando o conflito de valores que separa um determinado grupo minoritário do restante da população, opte, no caso concreto, pelo valor que deve preponderar. A crítica à margem de apreciação nacional no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos reside justamente nesse ponto: a impossibilidade de, em alguns casos, a CEDH proceder a esse arbitramento, sendo, em certa medida, emasculada em sua atuação.

Essa foi justamente a situação do caso Evans: alegando a inexistência de um consenso europeu a respeito da regulamentação da fertilização *in vitro*, a CEDH entendeu que a retirada do consenso para a implantação do embrião era questão afeita à margem de apreciação nacional, ficando, portanto, unicamente a critério do Reino Unido. Ao fazê-lo, deixou de se posicionar favoravelmente à autodeterminação sexual de Natalie Evans, não atendendo, portanto, sua vocação contramajoritária.

Nos casos envolvendo a margem de apreciação, a Corte simplesmente avalia a conformidade do arbitramento realizado no plano interno do Estado envolvido com o plano europeu. Se não há consenso no plano europeu, a Corte geralmente não se pronuncia, deixando de reconhecer uma eventual violação de direitos de grupos minoritários. No caso em análise, a CEDH falhou, pois deixou

de afirmar a transgressão dos direitos reprodutivos de Natalie Evans, encampados nos arts. 8º - direito à vida privada e familiar – e 14 – proibição de discriminação – da Convenção Europeia.

Para se chegar a uma solução em um caso concreto envolvendo direitos humanos, é inevitável que se tome um partido, já que o julgamento geralmente envolve o sopesamento de direitos. *A priori*, no entanto, a reticência em tomar um partido é inerente ao caráter internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que nenhuma situação de conflito pode ser resolvida abstratamente, no tempo e no espaço, exigindo-se uma contextualização.

Por ter um conteúdo mais aberto e sujeito à interpretação, os direitos humanos demandam maior concretude, i.e., um caso específico, para que o tribunal possa se pronunciar pela prevalência do direito de uma das partes envolvidas. Esse processo de decisão envolve, inclusive, um crivo de legalidade e justiça das opções locais, dadas as diferenças culturais entre os países submetidos ao mesmo tribunal internacional. Deste modo, o órgão julgador deve contextualizar culturalmente as suas decisões sem, contudo, deixar de reconhecer eventuais violações de direitos que decorram de excessos das concepções locais²⁷.

É preciso que as exceções locais aos direitos humanos tenham uma base cultural autêntica e que o tribunal identifique, ademais, mecanismos internos alternativos que garantam a dignidade humana no âmbito dessas exceções. Isso não ocorreu no caso Evans. Por outro lado, em *Goodwin vs. UK*, a CEDH, de forma acertada, declarou que não cabia uma exceção local aos direitos dos transexuais, justamente porque não há significativo interesse público na questão, sendo preponderantes os interesses particulares envolvidos – o exercício da autodeterminação sexual.

27 O pronunciamento de tribunais internacionais não só é importante para neutralizar excessos locais, como para assinalar as mudanças necessárias para a participação da comunidade local em uma comunidade moral cosmopolita. Cf. DONNELLY, 1994, p. 400-419.

REFERÊNCIAS

CARVALHO RAMOS, André. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 286 p.

COMITE PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, 20. , 1999. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**: Recomendação Geral N.º 24: Artigo 12.º (As Mulheres e a Saúde). Disponível em: <http://pdhj.org/unt/documents/CEDAW%20RG%2024_p.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2012.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

DONNELLY, Jack. Cultural Relativism and Universal Human Rights. **Human Rights Quarterly Review**. [S.l.], v. 6, n. 4, p. 400-419, nov. 1984.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin v. UK**. Estrasburgo, 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. **Case of Evans v. UK**, Estrasburgo. 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte: Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 15-40.

MUTUA, Makau wa. Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 36, p. 589-657, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-45.

SHARPE, Andrew N. Endless sex: The gender recognition act 2004 and the persistence of a legal category. **Feminist Legal Studies**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 57-84, abril 2007.

SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL. **Bellinger v. Bellinger**. 2001. Disponível em: <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20Appeal_.pdf> Acesso em: 24 nov. 2012.

THE YOGYAKARTA Principles: principles on the applications of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. [S.l.], 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2012.