

DIREITO DAS MINORIAS: PROTEÇÃO INTERNACIONAL DAS MINORIAS E O CASO CHRISTINE GOODWIN V. UK

PROTECTION OF MINORITY RIGHTS AND CASE CHRISTINE GOODWIN V. UK

*André Marinho Marianetti Braga**

*José Luiz Souza de Moraes***

Resumo:

O artigo aponta uma breve visão a respeito do direito das minorias no Direito Internacional e as múltiplas realidades de avanços e atrasos protetivos, levando como paradigma o caso inglês de Christine Goodwin, que realizou mudança de sexo e pleiteou junto ao governo direitos relativos a tais alterações.

Palavras-chave: Proteção do direito das minorias. Direitos Humanos. Igualdade. Homossexualidade. Direito Internacional Público. Igualdade de gênero.

Abstract:

The paper brings a brief overview of the right of minorities in International Law and the multiple realities of advances and protective setbacks, taking as a paradigm the English case of Christine Goodwin, who made a change of sex and pleaded with the government rights related to such changes.

Keywords: Protection of minority rights. Humans Rights. Equality. Homosexuality. International Public Law. Gender equality.

Introdução

A proteção do direito das minorias está longe de ser uma realidade universal. Atualmente ainda há cerca de setenta e seis Estados no mundo onde a homossexualidade é penalmente reprimida, em sua grande maioria países muçulmanos, em que vige a Sharia como lei religiosa e estatal.

O número indicado não é exato, em razão de muitos organismos internacionais imputarem a sistemática omissão de alguns Estados, como forma de velada colaboração com as punições impingidas às populações homossexuais por grupos civis e militares. Dessa forma, pode facilmente passar de oitenta os países com essas

* Advogado e mestrando em Direito Internacional Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Procurador do Estado de São Paulo, doutorando e mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor de Direito Internacional e Constitucional na Universidade Paulista.

características de repressão extrema à homossexualidade. Dentre eles, Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão punem as relações homossexuais com pena de morte.¹

No continente africano, apenas a África do Sul conta com o reconhecimento formal de uniões homossexuais e o casamento entre pessoas do mesmo sexo com idênticos direitos, sendo todos os demais Estados omissos ou repressivos às práticas homossexuais. O mesmo ocorre nos Estados asiáticos e do Oriente Médio.

Os Países Baixos foram o primeiro país a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 11 de janeiro de 2001;² em 13 de fevereiro de 2003, a Bélgica aprovou lei igual, com a exclusão do direito de adoção dos casais homossexuais, que somente foi reformada em abril de 2006; em 2005, a Espanha instituiu o casamento *gay* em seu território seguidos por Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Dinamarca e França em 18 de maio de 2013; Grã-Bretanha (Inglaterra e País de Gales em 2013, Escócia em 2014), Luxemburgo, Eslovênia, Finlândia (com uma *vacatio legis* até 2017), Irlanda e Grécia em 22 de dezembro de 2015 estão entre os mais recentes.³

Somente em 26 de junho de 2015, os Estados Unidos passaram a ser o 22º Estado⁴ soberano do mundo a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por meio de histórica decisão da Suprema Corte no caso “*Obergefell v. Hodges*”.

Apesar da imensa evolução havida em menos de duas décadas e da importância de todos os passos no sentido do reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo gênero, não há como perder de vista o fato de que o número de Estados a admitir tais uniões ainda é extremamente baixo,⁵ diante do quadro de 193 Países-membros da Organização das Nações Unidas. Tal número ganha novos matizes quando deparamos com a existência de 76 Estados que ainda criminalizam as práticas sexuais entre pessoas do mesmo gênero.

¹ Vasta informação a respeito da lista de países e o tratamento jurídico aos homossexuais, bissexuais e transgêneros está disponível no sítio da organização não governamental ILGA – International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. Disponível em: <<http://ilga.org>>.

² Disponível em: <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation%20of%20Dutch%20law%20on%20same-sex%20marriage.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

³ Disponível em: <<http://www.toutleurope.eu/actualite/le-mariage-homosexuel-en-europe.html>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

⁴ Holanda, 2001; Bélgica, 2003; Espanha, 2005; Canadá, 2005; África do Sul, 2006; Noruega, 2009; Suécia, 2009; Portugal, 2010; Argentina, 2010; Islândia, 2010; Dinamarca, 2012; Brasil, 2013; Uruguai, 2013; Nova Zelândia, 2013; França, 2013; Inglaterra, 2014; País de Gales, 2014; Escócia, 2014; Luxemburgo, 2014; Finlândia, 2015; Irlanda, 2015; e Estados Unidos, 2015.

⁵ Marianna Chaves (2013, p. 547) cita que 20% dos países concederam algum tipo de direito aos homossexuais: “A coabitação entre pessoas do mesmo sexo não é reconhecida ou até mesmo banida na maior parte do mundo. Há quatro décadas, casais do mesmo sexo não eram sequer aceitos em qualquer país. Todavia, nos últimos 30 anos, cerca de 20% dos países do globo têm concedido algum tipo de direito aos casais homossexuais, tornando-os visíveis para a sociedade”.

Instrumentos internacionais de proteção não expressa aos homossexuais

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, é o instrumento⁶ que inaugurou um novo paradigma valorativo a respeito dos direitos humanos, que é a concepção de sua universalidade, indivisibilidade, interdependência e a primazia da pessoa humana.

O artigo I da Declaração inicia com a afirmação de que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e prossegue, no artigo II, que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Mais adiante, aponta no art. VII a concepção da igualdade, prescrevendo que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”.⁷

Trilhando o mesmo caminho, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 2º, exige dos Estados-Partes o comprometimento

a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.⁸

⁶ É o documento mais traduzido do mundo, para mais de 360 idiomas. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

⁷ A proibição da homossexualidade é considerada, desde 1991, como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional. (GIORGIS, 2014, p. 69).

⁸ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi introduzido no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, e trata dos direitos de não discriminação: “Artigo 2. 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se acham em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. [...] Artigo 4. 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. Em relação à proteção da criança: “Artigo 24. 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado”. E, finalmente, traz a cláusula garantia de igualdade formal: “Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de

O Pacto reproduz no cenário internacional a proibição de discriminação no exercício dos direitos humanos e prevê a inderrogabilidade desses direitos, mesmo em situações excepcionais e ameaçadoras, admitindo a adoção de medidas restritivas de direitos estritamente necessárias somente quando elas “não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Recomendação Geral n. 18 afirmou que o princípio da não discriminação é um princípio fundamental previsto no Pacto, condição e pressuposto para o pleno exercício dos direitos humanos nele enunciados. No entender do Comitê: “A não discriminação, assim como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos”. (PIOVESAN, 2014, p. 61).

Na mesma toada, mas com outro enfoque,⁹ o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966,¹⁰ em seu art. 2º, estabelece igual cláusula da proibição da discriminação. O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou que o art. 2º do Pacto traz uma lista de fundamentos de discriminação não exaustiva, pelo que há que prevenir outras formas de discriminação injusta que afete negativamente o gozo dos direitos enunciados, inclusive a discriminação baseada na orientação sexual.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹¹ é parte de um quadro jurídico internacional abrangente de direitos

discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

⁹ Os instrumentos deveriam ser um único pacto, mas, devido à falta de adesão dos dois grandes blocos político-econômicos separados no pós-guerra pelo fenômeno denominado “Guerra Fria”, tiveram que ser divididos para receberem o apoio, cada qual, da parte que lhes interessava. Os Estados Unidos assinaram o Pacto de Direitos Econômicos em 5 de outubro de 1977, mas jamais o ratificaram. Já a Federação Russa, ex-URSS, assinou o documento em 18 de março de 1968 e o ratificou em 16 de outubro de 1973. Uma das mais importantes reafirmações da igual natureza de ambos os conjuntos de direitos encontra-se na Resolução 32/130 da Assembleia Geral, de 16 de dezembro de 1977, que afirma: “Parágrafo 1. a) Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; deverá ser prestada igual atenção, e urgentemente considerada, a realização, promoção e proteção tanto dos direitos civis e políticos como dos direitos econômicos, sociais e culturais;”. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_informativa_16_comite_dir_economicos_sociais.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹⁰ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ingressou no ordenamento nacional com a promulgação do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Dispõe sobre a igualdade no seguinte dispositivo: “Artigo 2º, 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação;”

¹¹ A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ingressou no

humanos, que visa a garantir a fruição de todos os direitos humanos e a eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres com base no sexo e gênero.

A Recomendação geral n. 29 sobre as consequências econômicas do casamento, relações familiares e sua dissolução, adotou a posição de que os Estados-Partes são obrigados a lidar com discriminações baseadas em sexo e em gênero, em todas as formas de relação familiar.¹²

Vemos, portanto, que a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e ainda a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e outros instrumentos internacionais, regionais e locais formam o denominado sistema internacional de proteção aos direitos humanos, tendo como pilar principal o princípio da não discriminação, o que deve englobar toda a discriminação negativa baseada no sexo, no gênero e na orientação sexual, dando sentido teleológico aos instrumentos, harmonizando-os com o objetivo a ser alcançado: a igualdade material e formal de todos os seres humanos.

A Declaração de 1948 universalizou os direitos previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expandindo e modificando os valores lá carregados para um novo patamar axiológico, restando apenas saber qual a efetividade das assertivas mundialmente aceitas por esses documentos:

Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Essas palavras serão repetidas tais e quais, literalmente, um século e meio depois, no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: *Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.* Na realidade, os homens não nascem nem livres e nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. (BOBBIO, 2004, p. 128).

Essa constatação de Norberto Bobbio reflete a sua percepção de que a ampla e crescente narrativa de direitos humanos por instrumentos jurídicos, havida desde a Revolução Francesa, pouco fez para que esses direitos fossem efetivamente

ordenamento nacional pelo Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002.

¹² Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

universalizados, como buscavam as intenções impressas nos papéis em que foram escritas, em especial para a minoria historicamente perseguida dos homossexuais.

Yogyakarta

Em novembro de 2006, a Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, se reuniu na cidade de Yogyakarta, Indonésia, para a elaboração de um documento, tendo como escopo a coleção de Princípios de aplicação dos direitos humanos internacionais relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

Os princípios adotados possuem um especial matiz, em razão de o país em que foi elaborado o documento contar com uma maioria religiosa islâmica e ter como lema nacional o *Bhinneka Tunggal Ika*,¹³ que tem como significado a unidade na diversidade, ou “nós somos muitos, mas somos um”.

O documento elenca 29 princípios, que são acompanhados de um rol de recomendações específicas aos Estados, instituições, órgãos internacionais e organizações não governamentais, apontando abstenções e obrigações na promoção e proteção dos direitos humanos da população LGBT.

Esse documento visa a criar um corpo de princípios de aplicação dos direitos humanos internacionais sobre a diversidade e a não discriminação por orientação sexual:

This is a remarkable assertion given that no major human rights treaty explicitly mentions discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity, and, given the wide diversity of state practice, customary law might likewise appear silent. To conclude, however, that international human rights law has nothing to say about sexual orientation and gender identity would be mistaken. State practice, soft law, regional human rights systems, United Nations bodies, and even certain elements of jus cogens and customary international law have increasingly taken these two issues into account. Thirty years ago, when activists began seeking the protection of international human rights law in cases of sexual orientation discrimination, courts and other bodies were universally dismissive. These same bodies hold opposite views today, due primarily to a broader understanding of international human rights law as prohibiting arbitrary in all of its guises? a prohibition which

¹³ “*Bhinneka Tunggal Ika or Unity in Diversity (Santoso 1975) is the official national motto of the Republic of Indonesia. ‘We are of many kinds, but we are one’. The motto appears on the Indonesian national emblem Garuda Pancasila (the Eagle), on the scroll gripped by the Garuda’s claws. It is also mentioned explicitly in article 36A of the Indonesian Constitution of Indonesia: ‘National emblem is Garuda Pancasila with motto Bhinneka Tunggal Ika. (Mahkamah Konstitusi 1999, 81)’.*” (FARISI, 2014, p. 46).

necessarily extends, by definition, to sexual orientation and gender identity. The Yogyakarta Principles are an attempt to reflect these changes in a codified body of law.¹⁴

Em sede de recurso extraordinário RE n. 477.554/MG o ministro Celso de Mello adotou expressamente os princípios de Yogyakarta como fonte a fundamentar a sua decisão, como transcrito abaixo:

É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero. Entendo que o acórdão ora recorrido não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro

¹⁴ David Brown aponta a discordância dos elaboradores dos princípios quanto ao direito ao casamento homossexual nos instrumentos internacionais, em razão da expressa previsão neles da fórmula “homem e mulher”, a vedar outros tipos de enlace, com o que não concordamos, em uma interpretação teleológica desses mesmos documentos. Contudo, é possível compreender a exclusão do exposto reconhecimento como uma forma de estratégia para a melhor recepção dos princípios carreados pelos diversos Estados: “*The Yogyakarta drafters also chose to omit two ‘rights’: the right to enter into marriage without respect of sexual orientation and gender identity, and the right to a satisfying sex life. Although their inclusion could arguably have served to advance equality, there is almost no support for them under existing international law, and their omission serves to bolster the document’s credibility as an accurate restatement of international law. Some have asserted that these rights are already protected in international law, while other observers have dismissed them as ‘radical notions’. The right to same-sex marriage is especially symbolic of the wider movement to combat discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity. In fact, the two are so closely associated in many people’s minds that many of the opponents of the Yogyakarta Principles frequently ascribe this right to the document, although it is not there. Neither of these rights is well supported in international law. At the United Nations, only the Population Fund (UNFPA) has recognized the right to a satisfying sex life as a part of the right to health. In contrast, the World Health Organization (WHO) has distanced itself from the right; the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), which is charged with reviewing states’ obligation to ensure the right to health, has never considered it; and even the controversial Special Rapporteur on the right to the highest attainable standard of health did not mention it in his report on the rights to sexual and reproductive health, except to quote the UNFPA. A recent authoritative survey of the application of the right to health to sexual orientation and gender identity likewise fails to mention the right to a safe and satisfying sex life. No human rights treaty mentions this right explicitly, nor has any international human rights body or domestic court found it to be included implicitly. The right to same-sex marriage has been even more clearly repudiated by interpreters of international law. Both the UN Human Rights Committee and the ECtHR have determined that the treaties they respectively oversee do not protect the right to same-sex marriage because they speak explicitly of the right of ‘men’ and ‘women’ to marry. Among all the court decisions worldwide finding the right to same-sex marriage protected by a state or national constitution, only one has referred to international law as supporting the assertion of a same-sex couple’s right to marry, while the rest have relied solely on municipal law. Had these rights been included by the Yogyakarta Principles, the document’s credibility would have been seriously hindered. Omission from the Principles burnishes the document’s claim to be an accurate restatement of existing international law”.* (BROWN, 2010, p. 824; 856-857).

de 2006, sob a Coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio n. 24.¹⁵

O princípio expressamente reproduzido pelo ministro em seu voto indica que toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, prevendo ainda a existência de diversas formas de família, sendo vedada a sua sujeição a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus integrantes.

O instrumento lista ainda um extenso rol de deveres que os Estados deverão assumir, de natureza legislativa e administrativa, e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.¹⁶

A questão que se coloca após o exposto reconhecimento e aplicação dessa carta de princípios em uma decisão da Suprema Corte de um Estado diz respeito à natureza jurídica desse instrumento internacional e o seu grau de vinculação aos demais atores internacionais.

Aparentemente, os princípios de Yogyakarta trazem verdadeiras normas, com natureza de *jus cogens*, ao apontar para a vedação a tratamentos discriminatórios pelos Estados, proibindo diversas formas de recomendação contra a criminalização das relações homossexuais, tratamentos degradantes ou quaisquer outros atentatórios à pessoa em razão de sua orientação sexual.

Sobre a natureza *jus cogens* das cláusulas de razoabilidade em matéria de discriminação, apresenta Patricia Palacios Zuloaga a seguinte posição:

Ahora bien, una gran orientación para la determinación de la razonabilidad de determinadas distinciones ha sido el consenso universal en cuanto a que hay ciertas categorías reconocidas como “sospechosas” para estos efectos. Se trata de criterios de distinción que son tan generalmente rechazados que resulta muy poco probable que una distinción basada en ellas pueda ser legítima. Se afirma que el rechazo a distinciones fundadas en estas “categorías sospechosas” se ha convertido en norma de *jus cogens* internacional. Hasta el momento el referido consenso se ha

¹⁵ STF – RE n. 477.554/MG, rel. Min. Celso de Mello, voto do relator, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹⁶ A íntegra do Princípio n. 24 está disponível no Anexo 3.

centrado en el rechazo a diferenciaciones de trato basadas en la raza, el sexo o la religión de la persona.¹⁷

A universalidade e superioridade normativa do *jus cogens* é assim definida por Hilary Charlesworth e Christine Chinkin (1993, p. 63):

The modern international law doctrine of *jus cogens* asserts the existence of fundamental legal norms from which no derogation is permitted. It imports notions of universally applicable norms into the international legal process. The status of norms of *jus cogens* as general international law, Onuf and Birney argue, “is not a logical necessity so much as a compelling psychological association of normative superiority with universality”. A formal, procedural definition of the international law concept of the *jus cogens* is found in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 53 states that: [A] peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

Por outro lado, há outros fatores que demonstram que os princípios de Yogyakarta possuem natureza de *soft law*¹⁸ internacional, em razão de dispor sobre tema de forma abrangente, sem a cogência típica dos tratados presente na cláusula *pacta sunt*

¹⁷ Prossegue a autora: “*Hoy en día ha perdido fuerza este concepto restringido con la aparición de familias uniparentales, así como familias nucleares donde la pareja base no se encuentra ligada por un vínculo matrimonial, ya sea por opción, ya sea por obligación como es el caso de parejas homosexuales que quisieran contraer matrimonio pero no pueden, debido a normas internas restrictivas. Distinciones en el trato otorgado a familias basadas en la existencia o no de vínculo matrimonial pudieron haber sido consideradas razonables en el pasado pero resultan más cuestionables hoy. Otro componente del requisito de razonabilidad de una distinción para que sea considerada legítima, es aquella que guarda relación con la necesidad de una relación de proporcionalidad entre la medida distintiva y el propósito perseguido*”. (ZULOAGA, 2006, p. 37).

¹⁸ “*The subject of soft law has always been an awkward one for international legal scholars. On the one hand, it is not law at all, strictly speaking. Under traditional approaches, as Prosper Weil states, these obligations ‘are neither soft law nor hard law: they are simply not law at all’ (1983, 414-417 n. 3). On the other hand, virtually all legal scholars would agree that they are not simply politics, either. Language included in the Universal Declaration of Human Rights, the Helsinki Final Act, the Basle Accord on Capital Adequacy, decisions of the UN Human Rights Committee, and rulings of the International Court of Justice (ICJ), are thought to impact states because of their quasi-legal character*”. (GUZMAN; MEYER, 2010, p. 171). Vide também: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *O soft law como fonte formal do direito internacional público*. Dez. 2003. Disponível em: <<https://gedirj.files.wordpress.com/2009/06/o-soft-law-como-fonte-formal-dodip.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015; CHARVIN, Robert. Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit “mou”, droit “flou” et non-droit. *Actualité et Droit International*, Paris, janv. 2002. Disponível em: <<http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200201chr.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015; DI ROBILANT, Anna. Genealogies of soft law. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 54, n. 3, 499-554, Summer 2006.

servanda e veiculando declarações, intenções e recomendações aos Estados e instituições internacionais.¹⁹

O fato é que, independentemente da natureza jurídica desse instrumento internacional, a sua existência joga luz sobre a discriminação das pessoas homossexuais no cenário internacional e, principalmente, nos sistemas domésticos dos Estados. Apresenta o documento de forma técnica e ponderada os padrões mínimos a serem perseguidos pelas diversas ordens jurídicas, na busca da equidade formal e material dessas pessoas no meio social em que vivem.

Finalmente, o fato de o STF utilizar esse instrumento internacional como fonte de direito a fundamentar suas decisões confere indiscutível força a essa declaração, que assume forte valor interpretativo das normas relativas nacionais e internacionais relativas ao respeito às liberdades e direitos da população homossexual.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 24 de fevereiro de 2012, julgou o primeiro caso versando sobre violação de direitos, tratamento discriminatório e interferência indevida na vida privada e familiar de Karen Atala devido à sua orientação sexual, condenando o Chile, em razão da decisão da Corte Suprema de Justiça chilena em determinar a custódia das três filhas pelo pai, sob o argumento de que a genitora (lésbica) não teria condições de custodiar as crianças após o divórcio.

Caso Christine Goodwin *versus* UK²⁰

O caso Christine Goodwin contra o Reino Unido²¹ foi levado à Comissão Europeia em 5 de junho de 1995, tendo sido admitido em 1º de dezembro de 1997 e enviado à Corte em 1º de novembro de 1998. Em 11 de setembro de 2001, uma Câmara da Terceira Seção remeteu o caso ao Tribunal Pleno. Enfim, em 11 de julho de 2002, a Corte Europeia de Direitos Humanos realizou o julgamento sob o número de reclamação 28957/95.680.

Christine Goodwin nasceu e foi registrada como pertencente ao sexo masculino, se casou com uma mulher e teve 4 filhos. No entanto, não se identificava na

¹⁹ Interessante posição aponta como a moralidade pode figurar na determinação da existência e validade da lei e de seu conteúdo, assumindo uma visão crítica: “*Soft positivism is caught in the following dilemma. It wants to admit that moral criteria may be accepted by judicial practice but does not want to allow that they constitute a normative rather than a social rule. The price it pays for this is that its application to certain systems where general moral criteria are accepted is fruitless. In such systems it would be, at least, misleading to say that a social rule of recognition exists*”. (MITROPHANOUS, 1997, p. 622).

²⁰ Faz-se necessária menção sobre a descrição e síntese do Caso Christine Goodwin *versus* UK, as quais foram retiradas da tese de Doutorado na FDUSP de Camila de Jesus Mello Gonçalves (2012, p. 190 e ss.).

²¹ Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>>.

condição masculina e passou a autodeterminar-se como mulher definitivamente a partir de 1985, quando se submeteu à cirurgia de modificação de sexo pelo Serviço Público de Saúde britânico, em 1990. Em virtude de sua condição de transexual, Goodwin foi demitida e, com receio de demonstrar seu número de seguridade nacional ao novo empregador, requereu ao Departamento de Seguridade Nacional um novo número, o que lhe foi negado.

Goodwin sustenta que se deparou com dificuldades com a contribuição de seguro previdenciário, pois legalmente permanecia como homem e teria que pagar a contribuição até os 65 anos, ao invés de 60 anos, completados em 1997. Goodwin deveria continuar pagando a contribuição individualmente, para evitar perguntas e situações constrangedoras com seu empregador, o que aconteceria se fosse obrigada a revelar a cirurgia. Além disso, o fato de manter o mesmo número de seguridade nacional anterior à cirurgia significava que o empregador poderia descobrir que ela trabalhava sob outro nome e gênero, resultando em constrangimento e humilhação.

Em sua petição, a autora reclama da falta de reconhecimento legal do gênero pós-operatório, correspondente ao sexo feminino, e sobre o status legal do transexual no Reino Unido, especialmente em relação ao emprego, seguro social, pensão e incapacidade para casar. Sustenta sua pretensão no art. 8º (direito à vida privada); no art. 12 (direito ao casamento); no art. 13 (direito a um recurso efetivo); e no art. 14 (direito de igualdade), da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte analisou a alegação da violação de cada artigo, separadamente, dando maior ênfase à análise do art. 8º.

Em relação à alegação de violação ao art. 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), a Corte entendeu contraditório que, não obstante a autora tivesse obtido a mudança de sexo, de masculino para feminino, por cirurgia realizada pelo sistema público de saúde inglês, ela continuasse juridicamente pertencente ao sexo masculino, com consequências legais em relação a pensões e idade para aposentadoria, entre outras. No entender da Corte, tal situação resultou em um sério conflito entre a realidade social e a lei, colocando os transexuais em posição anômala, que os submete a sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade.

Para a Corte, embora não existam conclusões definitivas sobre a causa da transexualidade, relevou mais o fato de haver um amplo reconhecimento internacional sobre as possibilidades, adequação e tipos de tratamento, concluindo que a impossibilidade de o transexual adquirir todas as características biológicas do sexo oposto não tem importância definitiva no enquadramento da questão.

A Corte mencionou uma clara tendência internacional da aceitação social do transexual e do reconhecimento legal da nova identidade sexual, pós-cirúrgica, citando, nesse sentido, as legislações holandesa, italiana, neozelandesa e turca.

Os juízes entenderam que a tutela da vida privada da autora impunha o reconhecimento jurídico da nova realidade, no plano dos direitos, a fim de manter o compasso entre as áreas de saúde e as áreas das ciências sociais, ou entre o fato e o Direito, considerando que a cirurgia havia sido realizada pelo sistema de saúde público inglês, de acordo com as normas próprias daquela instância.

Para a Corte, importou o fato de não ter sido apontado elemento indicativo de que terceiros sofreriam prejuízo material decorrente da alteração do registro civil quanto ao gênero, tendo sido consignado que o Governo estava constantemente discutindo propostas de reforma dos sistemas de registro para permitir retificações do estado civil. A Corte ressaltou que o Governo Inglês admitia, também, exceções à imutabilidade do registro, no caso de adoção, por exemplo, entendendo que a alteração pretendida pelo transexual não implicava ameaça ao sistema de registros como um todo.

A Corte enfatizou que a essência da Convenção era o respeito à dignidade humana e à liberdade. Sob o art. 8º em particular, no qual a noção de autonomia pessoal é um princípio que orienta a interpretação das garantias à vida privada, a proteção é dada à esfera pessoal de cada indivíduo, incluindo o direito de definir detalhes da própria identidade como seres humanos. De acordo com as razões do julgamento, no século XXI, o direito do transexual ao desenvolvimento pessoal e à segurança física e moral, na amplitude gozada pelos outros em sociedade, não pode ser encarado como uma questão controversa que requereria tempo para ser equacionada, à luz dos valores envolvidos.

A Corte entendeu que as repercussões inevitáveis no registro civil, filiação, seguridade social, direito de família e direito das sucessões não são insuperáveis, amparada em propostas fornecidas pelo Grupo de Trabalho Interdepartamental com pessoas transexuais.

Entendeu não demonstrado que a mudança de estado do transexual implicaria concreta violação ao interesse público, consignando ser razoável esperar a tolerância da sociedade para com eventuais inconvenientes, a fim de permitir aos indivíduos viver com dignidade e respeito, de acordo com a identidade sexual por eles escolhida com grande custo pessoal, concluindo pela violação ao direito à vida privada protegido pelo art. 8º, da Convenção.

A Corte concluiu que a ausência do reconhecimento legal ao transexual pós-operado violava sua dignidade, liberdade e autonomia e refutou o argumento da Inglaterra de que a proteção do transexual causaria prejuízos a terceiros, expressamente consignando a razoabilidade da expectativa de tolerância da sociedade para conviver com o diferente.

Sob o enfoque do art. 8º, destarte, a Corte entendeu que os fatores biológicos não são decisivos para negar o reconhecimento da mudança de gênero ao transexual pós-operado. Ponderou que há outros fatores importantes, como o reconhecimento da disforia

de gênero no âmbito interno do país signatário; o oferecimento de tratamento, inclusive cirúrgico, para aproximar o indivíduo o máximo possível ao gênero a que ele sente pertencer; e a assunção pelo transexual, do novo gênero, no meio social.

Em relação à alegada violação ao art. 12 (direito ao casamento), a Corte foi além das questões relativas à vida privada, discutidas no âmbito do art. 8º, e entendeu que a impossibilidade de alteração do registro de nascimento do pós-operado implica violação ao direito do indivíduo de casar. Isso porque, embora remanesça a possibilidade de casamento com o sexo oposto, como ponderado pelo país processado, essa desconsidera o interesse particular do transexual que vive como mulher de casar com alguém que seja do sexo masculino, sendo que essa impossibilidade caracteriza uma violação à essência do direito de casar.

No entender da Corte, o fato de, na comparação, menos países autorizarem o casamento de transexuais do que permitirem a alteração do gênero no registro, não autoriza deixar a questão para ser decidida de acordo com a margem de apreciação do Estado. Isso importaria em permitir ao Estado contratante a colocação de barreiras ao exercício do direito de casar, tendo a Corte consignado que a margem de apreciação não pode ter essa extensão.

Por outro lado, a Corte reconheceu que o Estado contratante pode determinar internamente as condições necessárias para a retificação de gênero e as formalidades exigíveis para o casamento, como o fornecimento da informação ao futuro cônjuge, mas não pode impedir ao transexual o direito de casar, sob pena de violação ao art. 12, da Convenção Europeia.

No tocante à alegação de violação ao art. 13 (direito a um recurso efetivo), segundo a Corte, a possibilidade de a demandante formular reclamações perante os Tribunais internos significa que não ocorreu violação ao art. 13 da Convenção.

Em relação ao art. 14 (proibição de discriminação), a Corte entendeu que a impossibilidade legal do reconhecimento da mudança de gênero ao transexual pós-operado, perante o ordenamento jurídico, significa uma violação ao art. 8º, inexistindo uma violação autônoma do art. 14, que trata da proibição da discriminação. Por isso, a Corte não apreciou em separado a alegação de violação ao art. 14, entendendo-a absorvida pelo art. 8º.

Nesse ponto, no entanto, a interpretação poderia ser criticada, segundo Camila de Jesus Mello Gonçalves (2012, p. 194).

No caso em foco, a Corte não aproveitou o julgamento para o aprofundamento do princípio da não-discriminação, entendendo a discriminação absorvida pela proteção da vida privada. Desse modo, perdeu a oportunidade de dar conteúdo ao princípio da não-discriminação em relação à mudança de gênero.

Mesmo assim, tal decisão, de 2002, representou uma guinada no entendimento da Corte sobre a proteção da vida privada do transexual, no reconhecimento do direito à identidade sexual, o que se confirmou nas decisões posteriores do Tribunal Europeu, exemplificadas por Suzana Almeida: Acórdão Van Kück c. Alemanha, de 12 de junho de 2003, e Acórdão Grant c. Reino Unido, de 23 de maio de 2006.

Conclusão

O direito à identidade sexual é um desdobramento do direito da personalidade e deve ser tutelado não somente nos planos nacionais, mas também encontra cada vez mais eco no cenário do Direito Internacional de proteção dos Direitos Humanos. Seu conteúdo inclui a proteção da pessoa e da personalidade, naquilo que expressa seu sentimento de ser e sua aparência de pertencer ao gênero masculino ou feminino, a partir de uma perspectiva dinâmica de sexo e relacional de identidade.

O reconhecimento dos direitos das minorias passa pela concretização do direito à plena identidade, seja pelos reconhecidos direitos de anotação do sexo de identificação no assento de nascimento da pessoa, seja no efetivo reconhecimento da identidade de gênero em todos os ramos do direito e por toda a sociedade.

São Paulo, setembro de 2017.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BROWN, David. Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: an introduction to the Yogyakarta Principles. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 31, n. 4, p. 822-879, Summer 2010.
- CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASELLA, Paulo Borba. Proteção das minorias no direito internacional pós-moderno. In: Elizabeth Accioly. (Coord.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 541-595.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. Saraiva, 2016.
- CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. The gender of jus cogens. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 15, n. 1, p. 63-76, Feb. 1993.

CHARVIN, Robert. Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit “mou”, droit “flou” et non-droit. *Actualité et Droit International*, Paris, janv. 2002. Disponível em: <<http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200201chr.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CHAVES, Marianna. A proteção da homoafetividade no direito comparado: casamento e adoção por casais do mesmo sexo. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série IDP. Linha Direito, Diversidade e Cidadania).

DI ROBILANT, Anna. Genealogies of soft law. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 54, n. 3, p. 499-554, Summer 2006.

FARISI, Mohammad Imam. Bhinneka Tunggal Ika [unity in diversity]: from dynastic policy to classroom practice. *Journal of Social Science Education*, Ankara, v. 13, n. 1, p. 46-61, Spring 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. 2012. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International soft law. *Journal of Legal Analysis*, Oxford, v. 2, n. 1, p. 171-225, Spring 2010.

MITROPHANOUS, Eleni. Soft positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 17, n. 4, p. 621-641, Dec. 1997.

PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). *Direitos humanos e jurisdição internacional*. Curitiba: Juruá, 2014. (Coleção Direito Internacional Multifacetado, 4).

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *O soft law como fonte formal do direito internacional público*. Dez. 2003. Disponível em: <<https://gedirj.files.wordpress.com/2009/06/o-soft-law-como-fonte-formal-do-dip.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

ZULOAGA, Patricia Palacios. *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago: LOM Ediciones Ltda., 2006.