



**A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

***THE (IN)APPLICABILITY OF THE THEORY OF NATIONAL DISCRETION FOR THE DEFENCE OF THE HUMAN RIGHTS OF TRANSGENDER PERSONS IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS***

Elenita Araújo e Silva Neta<sup>1</sup>

Adrualdo de Lima Catão<sup>2</sup>

**RESUMO:** A problemática central do presente trabalho é: a teoria da margem de apreciação nacional, utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos “Cossey vs Reino Unido” (*Application* n.º. 10843/84) e “Goodwin vs Reino Unido” (*Application* n.º. 28957/95); relativizou ou universalizou os direitos humanos, à luz do pragmatismo de Oliver Holmes? Diante disso, o objetivo do artigo é identificar se a teoria da margem de apreciação nacional – quando foi usada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento dos referidos casos – acabou universalizando ou relativizando os direitos humanos da proteção à intimidade, do matrimônio e da não discriminação sexual dos transexuais previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem, especialmente em seus Arts. 8º, 12 e 14. Assim, para se atingir tal objetivo e se chegar à conclusão, manuseou-se um método pragmatista identificando as consequências jurídicas de ambos os julgamentos para se concluir pela relativização ou universalização dos referidos direitos; frisa-se também que foram

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Articulista do Portal Minuto Nordeste. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6664-9078>. E-mail: [elenita.advocatus@gmail.com](mailto:elenita.advocatus@gmail.com).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC. Advogado. Atualmente, exerce o cargo de Secretário Nacional de Trânsito (SENATRAN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3419-124X>. E-mail: [adrualdocatao@gmail.com](mailto:adrualdocatao@gmail.com).





empregados no trabalho os principais autores que tratam dessa temática, como Flávia Piovesan, Emmanuel Sieyès e Paulo Bonavides, bem como as citadas jurisprudências pontuais da Corte Europeia de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transexuais; Direitos humanos; Universalização; Relativização; Pragmatismo.

**ABSTRACT:** *The central issue of the present work is: the theory of the national margin of appreciation, used by the European Court of Human Rights, in the cases "Cossey vs United Kingdom" (Application No. 10843/84) and "Goodwin vs United Kingdom" (Application No. 28957/95); relativized or universalized human rights in the light of Oliver Holmes' pragmatism? Given this, the objective of the article is to identify whether the theory of the national margin of appreciation – when it was used by the European Court of Human Rights in the judgment of these cases – ended up universalizing or relativizing the human rights of the protection of intimacy, marriage and non-discrimination of transsexuals provided for in the European Convention on Human Rights, especially in its Arts. 8th, 12th and 14th. Thus, in order to achieve this objective and reach the conclusion, a pragmatist method was used, identifying the legal consequences of both judgments in order to conclude the relativization or universalization of these rights; It should also be noted that the main authors who deal with this theme were used in the work, such as Flávia Piovesan, Emmanuel Sieyès and Paulo Bonavides, as well as the aforementioned specific jurisprudences of the European Court of Human Rights.*

**KEYWORDS:** *Transsexuals; Human rights; Universalization; Relativization; Pragmatism.*

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da margem de apreciação nacional foi um mecanismo desenvolvido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir da década de 1960 e que tinha como principal preceito de que em relação a algumas matérias de direitos humanos (como o interesse público), o juiz local (do Estado) estaria mais a par da realidade do seu país e das necessidades do seu povo em detrimento do juiz internacional, o que acarretaria que o magistrado nacional possui uma melhor posição para decidir sobre as demandas de direitos humanos do Estado-nação.

Um desses direitos que acabaram sendo levados para a discussão da sua proteção (ou não) pelo juiz internacional foram os previstos no Art.8º, 12 e 14 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950) e que envolveram o direito à proteção da vida privada, do matrimônio e da não discriminação sexual das pessoas transexuais no Reino Unido. Assim, a teoria da margem de apreciação nacional foi invocada em dois casos importantes envolvendo



a temática referida: o primeiro intitulado “Cossey vs Reino Unido” de 1981 e o segundo “Goodwin vs Reino Unido” de 2002; sendo que o último representou um importante marco para a defesa dos direitos humanos das pessoas transexuais na Europa.

Diante disso, a problemática central do presente trabalho é: a teoria da margem de apreciação nacional, utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido” relativizou ou universalizou os direitos humanos, à luz do pragmatismo de Oliver Holmes?

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é identificar se a teoria da margem de apreciação nacional – quando foi utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento dos casos “Cossey vs Reino Unido” (*Application* n.º. 10843/84) e “Goodwin vs Reino Unido” (*Application* n.º. 28957/95) – acabou universalização ou relativizando os direitos humanos da proteção à intimidade, do matrimônio e da não discriminação sexual dos transexuais previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Para se chegar ao final de tal objetivo, usou-se um método pragmatista; já que a conclusão pela relativização ou universalização dos direitos humanos foi identificada de acordo com as consequências jurídicas advindas de cada um desses julgamentos pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Frisa-se que o trabalho também se utiliza dos principais autores que tratam dessa temática, como Paulo Bonavides, Emmanuel Sieyès e Flávia Piovesan; além de jurisprudências pontuais referidas.

## **2 O SURGIMENTO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS COMO RESULTADO DE UMA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS**

A preocupação em defender um núcleo essencial (e imutável) de direitos inerentes aos seres humanos acabou se tornando realidade constante principalmente após os principais movimentos do século XVIII. É claro que os ideais do Iluminismo (século XVII - século XVIII) contribuíram para germinar o solo da humanidade e desenvolver a necessidade de proteção do indivíduo em face do poder estatal (à época, representado pela monarquia absolutista que se perpetuava no poder político); pois:

Desde as diversas evoluções da sociedade a busca pelo entendimento e embasamento de direitos fundamentais foi concretizada como crescente; sabido que cada governo determina suas normas de funcionamento e o grau de apreciação de direitos humanos é medido pela efetividade de direitos básicos e individuais, a



aplicação dessas normas é vista essencialmente em organizações que se caracterizam como um Estado Democrático de Direito (BARBOSA, 2021, p.102).

Assim como afirmou Emmanuel Sieyès, a sociedade regida pela monarquia absolutista se encontrava subdividida em estamentos, em que o Terceiro Estado – representado pelo povo – era o único que não gozava dos privilégios e lucros que os demais estamentos (aristocracia e monarquia, juntamente com a Igreja) possuíam (SIEYÈS, s.d., p.03). Nesse sentido:

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada à nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros (SIEYÈS, s.d., p.03).

Com isso, a Independência Americana (1776), a Revolução Francesa (1789-1799) e a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foram marcos essenciais para a consolidação de constituições que vinhesse a garantir direitos mínimos a todos os indivíduos acobertados pela soberania do Estado. Começava-se uma época em que se determinavam direitos de “não intervenção” contra a máquina estatal.

Tal cenário nas palavras de Paulo Bonavides: “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (BONAVIDES, 2019, p.575).

O problema, diante disso, é que com a ausência gradativa da presença do Estado nas relações entre particulares, estas acabavam sendo subordinadas a vontade da parte mais forte (ou, o que detinha o maior poder). Foi a partir desse ponto que movimentos, como a Revolução Industrial (inicialmente no século XVIII) demonstravam a necessidade da presença do ente estatal como regulador das relações privadas e sociais; já que:

O “trabalhador social” moderno, portanto, criou uma separação radical entre o trabalhador e as condições de trabalho, incluindo os meios de produção, que agora eram de propriedade estrangeira, reduzindo o trabalhador a mero portador de força de trabalho sob o comando do capital (ANDERSON, 2019, p.239).

Nesse ponto, rompe-se com o ideal do Estado Liberal e o povo começa, gradativamente, a invocar uma participação mais efetiva da máquina estatal como forma de construir um bem-estar social entre os indivíduos.





Além disso – e de forma bastante gradativa – criou-se a Constituição de Weimar (1919) com a intenção primordial de equilibrar a liberdade da burguesia (capitalista) com os direitos sociais dos empregados (o objetivo, com isso, era construir um “constitucionalismo social”). No mais, a Carta Del Lavoro (1927) apresentou a mesma mentalidade do pensamento alemão, mas agora em solo italiano: criar uma ordem em que houvesse a constante intervenção do Estado na economia e na política, dando concessões legais aos trabalhadores, bem como fortalecendo um direito coletivo do trabalho (inclusive, a Carta Del Lavoro foi influência direta para a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – no Brasil, pelo então Presidente Getúlio Vargas).

Porém, a presença e intervenção excessiva do Estado nos setores político, social e econômico acabou acarretando o saldo de mais de quarenta milhões de civis mortos em conflitos gerados pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945), além dos vinte milhões de soldados que também perderam a sua vida nos campos de combate direto na referida guerra (ONU, 2021, p.01). Desta feita, foi através desse cenário de holocausto que se viu a necessidade de fortalecer os laços entre os países quem compõem o globo, bem como desenvolver um mecanismo internacional de controle e consolidação dos denominados “direitos humanos”, com a intenção de evitar que fatos como a Segunda Guerra Mundial voltassem a ocorrer mundialmente (SOUZA; CASTILHOS, 2022, p.309).

Logo, tendo como precedente a Liga das Nações (1919); criou-se em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU) regida pela então Declaração de Direitos do Homem de 1948, responsável por consolidar o ideal de direitos inerentes – e independentes de procedência nacional do indivíduo – que toda a humanidade deveria primar em proteger. Nas palavras de Flávia Piovesan:

A partir da Declaração Universal de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. [...] Firma-se, assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. [...] Com o processo de especificação do sujeito de direito, mostra-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Torna-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica, diferenciada. Nesse sentido, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial (PIOVESAN, 2012, p.04).





É através dessa mentalidade (de proteção de direitos mínimos e inerentes a todos os seres humanos, independentemente da nacionalidade) que acabam sendo estruturados três principais sistemas de proteção dos direitos humanos a nível internacional (e já consolidados, também): o sistema europeu (e o mais antigo), o interamericano e o africano. Diante disso, o foco do presente trabalho se encontra no primeiro destes três sistemas de proteção dos direitos humanos: o europeu.

Através da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, houve a consolidação do sistema europeu de proteção dos citados direitos, sendo estruturado por uma Comissão Europeia de Direitos Humanos e uma Corte Europeia (CEDH) de proteção de tais direitos (representando como um Tribunal). Nesse sentido, a citada Convenção – logo em seu preâmbulo – ressalta que a sua edição encontra direta simetria com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como que sua promulgação possui como principal finalidade “assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela enunciados” (CEDH, 1950, p.05). Portanto, tanto a Comissão, quanto a Corte Europeia; têm como objetivo central velar pelo respeito e proteção dos direitos humanos, julgando casos – envolvendo conflitos entre indivíduos particulares e Estados – com o intuito de maximizar a referida proteção e garantir a efetividade dos direitos humanos em solo europeu; tendo em vista que:

[...] fazia-se também necessário uma proteção em âmbito regional para proteger os Direitos Humanos em conformidade dos anseios da regionalidade. Assim, por uma resolução, a ONU incentivou a criação de sistemas regionais para efetivar a defesa da dignidade humana. O continente europeu, análise da presente investigação, tornou-se uma região que maior logrou êxito na efetivação e eficiência na proteção dos Direitos Humanos (SOUZA; CASTILHOS, 2022, p.309).

Porém, a partir da década de 1960 e graças ao julgamento do caso “Handyside vs Reino Unido”<sup>3</sup> (*Application* n°. 5493/72) pela Corte Europeia de Direitos Humanos; acaba

<sup>3</sup> Em linhas gerais, o Sr. Handyside havia começado a divulgar e comercializar um livro denominado “O livro vermelho da juventude”, com a intenção de informar a juventude da época sobre alguns assuntos delicados, como aborto, homossexualidade e sexo (segundo o próprio Sr. Handyside, a divulgação era educativa, como forma de prevenir que os jovens acabassem praticando qualquer desses atos sem informações das consequências ou meios de proteção). O problema é que o Reino Unido acabou condenando o Sr. Handyside ao pagamento de uma multa e confiscou os exemplares dos livros, sob a fundamentação de que a referida obra violava diretamente a moralidade pública. Insatisfeito com tal decisão – e sentindo-se violado no seu direito de liberdade de expressão – o Sr. Handyside recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos com a intenção de reformar a decisão do Estado. Porém, sem sucesso; tendo em vista que a citada Corte acabou invocando a doutrina da margem de apreciação nacional prelecionando que o Reino Unido teria margem de preferência para decidir sobre assuntos que envolvessem a moralidade pública, não havendo qualquer violação ao direito de liberdade de expressão do Sr. Handyside. Logo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos manteve a condenação do juiz local contra o Sr. Handyside.



surgindo uma teoria/doutrina denominada de “margem de apreciação nacional”, onde o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acabou admitindo a existência de uma margem de apreciação nacional em relação a alguns assuntos, como o da moralidade pública (objeto de discussão do citado caso). Diante de tais palavras, a CEDH construiu um precedente no sentido de que entre a decisão do juiz local (do Estado) e do juiz internacional (CEDH), deveria prevalecer a que foi proferida pelo juiz local, tendo em vista que este estaria mais a par da realidade e das necessidades do seu país (e do seu povo), isto é, estaria em uma melhor posição para definir o que deve vigorar em seu país (ou não). Nesse sentido:

A margem de apreciação, portanto, confere aos Estados um espaço de atuação conforme as suas peculiaridades. A margem está baseada, sobretudo, no princípio da subsidiariedade do sistema internacional, que determina a alocação de competências entre os organismos nacionais e internacionais. Isto é, cada órgão possui seu âmbito de atuação bem delimitado, de modo que não pode adentrar na seara do outro [...] (SARAIVA, 2021, p.40).

Ainda segundo a doutrinadora:

Não há referência expressa à margem de apreciação em nenhum instrumento internacional, nem mesmo nos trabalhos preparatórios ou na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT I), tampouco em outros Tribunais Internacionais até a utilização por parte do sistema europeu (SARAIVA, 2021, p.35).

Todavia, apesar da sua proposta em tentar maximizar a proteção dos direitos humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não construiu inicialmente parâmetros mínimos para justificar a utilização da teoria da margem de apreciação nacional em seus julgamentos posteriores. Dessa forma, a referida doutrina acabou nascendo através da jurisprudência do Tribunal Europeu, porém sem balizas mínimas para regular sua aplicação que acabava se justificando – por si só, digamos – na avaliação da CEDH sobre os tipos de fundamentos utilizados pelo juiz local para decidir, bem como se estes seriam melhor ponderados por este ou por um juiz internacional.

Fica evidente a insegurança jurídica que a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional trazia para os casos em que a Corte Europeia de Direitos Humanos a invocava com o intuito de decidir. Porém, apesar de ter sido a sua primeira menção expressa (no caso do “Sr. Handyside vs Reino Unido”), a doutrina da margem de apreciação nacional acabou encontrando território fértil para germinar no sistema europeu de proteção dos direitos humanos (e mesmo sem balizas concretas e definidas para sua aplicação), uma vez que – após o referido caso do Sr. Handyside – outros casos acabaram sendo objeto da utilização desta



teoria nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: caso “Engel vs Holanda”<sup>4</sup> (*Application* n.º. 5370/72) de 1976 e caso “Sunday Times vs Reino Unido”<sup>5</sup> (*Application* n.º. 6538/74) de 1979.

Dessa maneira, tornou-se evidente a necessidade de pré-definir requisitos para a sua aplicação dos casos em concreto e perceber se quando a referida teoria era aplicada, a CEDH estaria universalizando (e cumprindo o preceito mencionado da Convenção Europeia de Direitos Humanos) ou relativizando os direitos humanos, “assim, é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre as possibilidades de escolhas existentes nessa margem com vinculação constitucional que atinge [...] a intervenção judicial [...]” (MORAES, MAAS; 2021, p.114).

Na tentativa de superar tal questionamento, surgiram os casos “Cossey vs Reino Unido” de 1981 e “Goodwin vs Reino Unido” de 2002, onde o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se deparou com a negativa do Reino Unido em reconhecer direitos de personalidade (intimidade, casamento e não discriminação sexual) para as pessoas transexuais e, diante

---

<sup>4</sup> Dois recrutas do exército da Holanda acabaram publicando um artigo relatando os meios de intimidação que os superiores militares estavam utilizando para manter a ordem no quartel. Após os superiores dos recrutas tomarem conhecimento dos fatos, acabaram condenando estes a prestarem diversos serviços na unidade militar. Porém, não satisfeitos com a punição, os recrutas acabaram recorrendo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos relatando a violação ao seu direito de liberdade de expressão, contudo a Corte Europeia manteve a condenação destes – invocando a doutrina da margem de apreciação nacional – prelecionando que a Holanda proferiu a limitação do direito dos recrutas se manifestarem com a intenção de manter a disciplina militar, como maneira de primar pela ordem pública. Logo, a decisão do governo da Holanda foi mantida, respeitando sua margem de preferência para decidir sobre a presente controvérsia.

<sup>5</sup> O referido caso tratou sobre o uso da talidomia em mulheres grávidas e que iriam dá a luz em instituições hospitalares no Reino Unido. Após perceberem que as crianças estavam nascendo com deficiências físicas e mentais, a empresa farmacêutica responsável pela fabricação da droga acabou suspendendo o seu uso nas pacientes, mas diversas famílias – vítimas da talidomia ministrada – já estavam recorrendo ao Poder Judiciário como forma de reparar os danos provocados pela empresa farmacêutica. Assim, após o jornal “Sunday Times” tomar conhecimento de que os advogados da empresa farmacêutica estavam tentando acobertar os fatos, realizando acordos com as famílias vítimas da droga ministrada (inclusive, criando um fundo para as futuras vítimas), os jornalistas começaram a produzir diversas matérias sobre tais fatos com a intenção de expor e comunicar a sociedade sobre o que estava acontecendo. O problema é que o Reino Unido acabou determinando que o citado jornal “Sunday Times” não poderia produzir artigos jornalísticos nesse sentido, para não contaminar a imparcialidade dos magistrados responsáveis por julgar os casos das famílias vítimas da droga. Inconformado com a situação, o referido jornal recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob a justificativa de que o seu direito à liberdade de expressão estava sendo violado pelo Reino Unido. Ao analisar os fatos apresentados, a Corte Europeia acabou declarando que apesar de influenciar realmente na imparcialidade do juiz, as informações retratam fatos de caráter público e social, logo representam informações de interesse público; motivo este em que o Reino Unido não poderia tolher a liberdade de expressão dos jornalistas. A CEDH também acabou determinando o afastamento da doutrina da margem de apreciação nacional no caso, tendo em vista que não poderia o Estado tolher a liberdade de expressão do indivíduo sob a fundamentação de proteger a imparcialidade do magistrado (que antes de ser juiz é cidadão, como qualquer outra pessoa). Ao final, a decisão do Reino Unido foi reformada e o jornal “Sunday Times” teve sua liberdade de expressão restabelecida.



disso, precisou decidir se o uso da doutrina da margem de apreciação nacional, nestes dois casos, seria cabível ou não.

### **3 O CASO “COSSEY VS REINO UNIDO” E O RECONHECIMENTO DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL, PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, PARA OS ESTADOS REGULAMENTAREM OS DIREITOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS**

Ficou evidente que a utilização da teoria da margem de apreciação nacional pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos serve para reafirmar a existência de uma margem (liberdade) de assuntos que o ente estatal possui para determinar o que seria melhor para o seu povo e as necessidades deste, como por exemplo, no julgamento dos casos mencionados anteriormente (“Handyside vs Reino Unido” e “Sunday Times vs Reino Unido”).

Contudo, apesar da Corte Europeia de Direitos Humanos já ter enfrentado – desde a década de 1960 – julgamentos que envolvessem a aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional e o direito de liberdade de expressão, foi em 1981 que o Tribunal Europeu, pela primeira vez, precisou enfrentar o uso da teoria da margem em relação a assuntos (intimidade, casamento e não discriminação sexual) que envolvessem os indivíduos transexuais; assim:

A margem de apreciação, em que pese ter sido inserida recentemente no preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) pelo Protocolo n. 15, é fruto de uma construção jurisprudencial dos órgãos estabelecidos pela Convenção, sobretudo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ora responsável pelo amplo desenvolvimento da doutrina. A margem permite que o Estado atue com um certo espaço de manobra que pode ser mais ou menos amplo, a depender dos critérios adotados pelo Tribunal. Apesar disso, a doutrina é amplamente criticada pela ausência de objetividade na sua utilização, o que a coloca em uma zona cinzenta e fornecendo base para incoerências e arbitrariedades (SARAIVA, 2022, p.88).

Destarte, o primeiro desses enfrentamentos veio com o caso “Cossey vs Reino Unido” (*Application* n.º. 10843/84). O referido caso acabou envolvendo a possível violação dos Arts. 8º e 12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que acabam tipificando a proteção da vida privada da pessoa, bem como se direito ao casamento. O início da questão, dessa forma, deu-se com Sr. Barry Kennet que – desde os seus treze anos de idade – sempre se identificou como uma mulher transexual.



Nesse sentido, foi em 1972 que o Sr. Kennet resolveu mudar o seu nome para Srta. Caroline Cossey e realizar os procedimentos que o deixariam – tanto psicologicamente, quanto visualmente – mais próximos do padrão feminino que o mesmo desejava. Logo, a Srta. Cossey passou a se vestir como uma mulher, bem como se submeteu a implantação de silicone nos seios e passou pela cirurgia de redesignação sexual. Em linhas gerais, a Srta. Cossey passou a se identificar e ser vista como uma mulher na sociedade; nesse sentido:

Transgênero (“trans”) é um termo guarda-chuva aplicado para retratar uma vasta diversidade de identidades de gênero, cujas aparências e características são observadas como divergentes, incluindo pessoas travestis e trans. Devido ao tensionamento das normas binárias da sociedade, a transexualidade existe concomitante aos processos históricos estruturais que envolvem o sistema econômico, social e cultural. Sendo assim, as diversas formas de exclusão e a incapacidade da sociedade de absorver esses seres humanos são expressas na negação dos direitos humanos básicos (DA SILVA; CRUZ; CUNHA JÚNIOR; SILVA FILHO; PEREIRA; ARAÚJO, 2023, p.02).

Inclusive, durante alguns anos, Cossey acabou realizando papéis de modelo feminina também, o que contribuiu – ainda mais – para que ela pudesse ser vista por todos como uma mulher estava dando certo. Porém, em 1983, Cossey acabou demonstrado o desejo de se casar com um amigo italiano – no Reino Unido -, contudo; o referido Estado acabou negando a concessão do matrimônio, sob a justificativa de que a união da Srta. Cossey com o italiano acabaria sendo nulo, já que o casamento inglês só era admitido nos casos em que envolvesse um homem e uma mulher (ambos, biológicos):

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal no processo *Corbett v. Corbett* [1971] *Probate Reports* 83, o sexo, com o propósito de contrair um casamento válido, deve ser determinado pelos testes cromossômicos, gonadais e genitais, onde estes são congruentes, e sem levar em conta qualquer intervenção operatória. A relevância de uma certidão de nascimento para a questão de saber se um casamento é nulo só surge como uma questão de prova que vai para a prova da identidade e do sexo da pessoa cujo nascimento ela certifica. A entrada no registro de nascimento é evidência *prima facie* do sexo da pessoa. Pode, no entanto, ser ilidido se forem apresentados elementos de prova de peso suficiente em contrário<sup>6</sup> (CEDH, 1990, p.08).

---

<sup>6</sup> Texto original: *According to the decision of the High Court in Corbett v. Corbett [1971] Probate Reports 83, sex, for the purpose of contracting a valid marriage, is to be determined by the chromosomal, gonadal and genital tests where these are congruent, and without regard to any operative intervention. The relevance of a birth certificate to the question whether a marriage is void only arises as a matter of evidence which goes to the proof of the identity and sex of the person whose birth it certifies. The entry in the birth register is prima facie evidence of the person's sex. It may, however, be rebutted if evidence of sufficient weight to the contrary is adduced.*



Além de mencionar isso, o Reino Unido também prelecionou que apesar da Srta. Cossey ter realizado a cirurgia de mudança de sexo, bem como ter feito tratamentos hormonais (bem como colocação de silicone nos seios) não faria qualquer diferença para a legislação inglesa, uma vez que para a realização do casamento considera-se o sexo biológico da pessoa.

Após ter o seu desejo a se casar frustrado pelo Reino Unido, também foi negado – a Cossey – o direito de mudar o seu registro de nascimento (gênero). O próprio Reino Unido – utilizando-se dos mesmos preceitos para negar a Cossey o seu direito de se casar com o amigo italiano – determinou que a mudança no registro civil de nascimento dela não seria possível, já que a certidão de nascimento do bebê é atrelada a narração de um fato histórico (passado), ou seja; mesmo que Cossey realizasse todos os procedimentos para ser aceitar (e se encontrar) como mulher na sociedade, tal documento não poderia ser alterado, pois quando Cossey veio ao mundo, o seu gênero era o masculino:

Os critérios para determinar o sexo da pessoa a registrar não estão estabelecidos na Lei de 1953 nem em nenhum dos regulamentos elaborados ao abrigo da mesma. No entanto, a prática do Registrador Geral é usar exclusivamente os critérios biológicos: sexo cromossômico, gonadal e genital. [...] Somente em casos de erro clerical, ou em que o sexo aparente e genital da criança foi erroneamente identificado ou em caso de intersexo biológico, ou seja, casos em que os critérios biológicos não são congruentes, será contemplada uma mudança da entrada inicial e é necessário apresentar provas médicas de que a entrada inicial estava incorreta. No entanto, nenhum erro é aceito na entrada de nascimento de uma pessoa que se submete a tratamento médico e cirúrgico para permitir que essa pessoa assuma o papel do sexo oposto<sup>7</sup> (CEDH, 1990, p.07).

Inconformada com a violação aos seus direitos de personalidade pelo ente estatal, Cossey resolveu levar as negativas do Reino Unido (em conceder os seus direitos de mudança no registro de nascimento, bem como de casamento) à apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Logo, Cossey indicou como violados os Arts. 8º e 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, exatamente os que tratam sobre a vida privada da pessoa e o seu direito ao matrimônio.

---

<sup>7</sup>Texto original: *The criteria for determining the sex of the person to be registered are not laid down in the 1953 Act nor in any of the regulations made under it. However, the practice of the Registrar General is to use exclusively the biological criteria: chromosomal, gonadal and genital sex. [...] Only in cases of a clerical error, or where the apparent and genital sex of the child was wrongly identified or in case of biological intersex, i.e. cases in which the biological criteria are not congruent, will a change of the initial entry be contemplated and it is necessary to adduce medical evidence that the initial entry was incorrect. However, no error is accepted to exist in the birth entry of a person who undergoes medical and surgical treatment to enable that person to assume the role of the opposite sex.*



Ao receber o caso para julgamento em 1981, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos precisou, inicialmente, analisar os preceitos normativos dos Arts. 8º e 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem e o enquadramento de ambos no caso envolvendo a Srta. Cossey. Com isso, o Art.8º da citada Convenção define que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar [...]” (CEDH, 1950, p.11), bem como que a autoridade pública não pode interferir em tal direito, mas apenas nos casos que a própria legislação permita e que constitua em uma providência necessária (CEDH, 1950, p.11).

Além disso, o Art.12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem também prelecionada que “[...] 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” (CEDH, 1950, p.12). Nesta seara, a Corte Europeia de Direitos Humanos percebeu que apesar do envolvimento dos referidos direitos no caso da Srta. Cossey, tanto um quanto o outro artigo acabam submetendo o exercício de tais direitos à legislação nacional, isto é, como o Estado irá definir o uso e gozo de tais direitos pelos particulares.

Partindo desse ponto, a Corte Europeia de Direitos Humanos passou a analisar o tratamento legal que a lei inglesa acabava conferindo aos direitos que gravitam no caso de Cossey. Inicialmente, o referido Tribunal Europeu percebeu que a mudança de sexo e de nome eram permitidas pela legislação inglesa, inclusive havia a concessão do direito a pessoa transexuais de portar documento de identificação com o seu nome e o seu gênero, como por exemplo, nos passaportes de viagem.

Porém, chegando ao ponto de mudança de registro civil de nascimento, a Corte Europeia percebeu que conforme a Lei de Registro de Nascimento e Óbito do Reino Unido, de 1953 (tendo regulamentação do assunto desde 1837); a referida certidão de nascimento realmente é interpretada como uma descrição de um fato histórico (ou seja, do passado; o nascimento do bebê); e o sexo que deveria ser identificado e relatado no documento seria o que a criança veio ao mundo.

No mesmo sentido, ao apreciar o direito ao matrimônio de Cossey de acordo com a legislação do Reino Unido, o Tribunal Europeu acabou concluindo que pela Seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais de 1973; o casamento apenas poderia ser realizado quando a união envolvesse um homem e uma mulher (sexos biológicos). Inclusive, a própria “punição” de

nulificação do casamento que não seja feito nesses preceitos também estava previsto na referida Seção. O próprio Tribunal Europeu também ressaltou que tal disposição sempre existiu desde o ano de 1868 no Reino Unido e que tal pensamento também se aplicava ao regime previdenciário, uma vez que as pessoas transexuais – como a Cossey – eram vistas pela legislação como homens biológicos.

Importante frisar que a própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê o casamento – em seu Art.12 – apenas como a união entre o homem e a mulher. Bem como, que tanto o referido artigo, quanto o Art.8º do mesmo diploma legal submetem o exercício de tais direitos à legislação nacional, ou seja, de como o Estado irá regulá-los para a disposição destes aos seus nacionais.

Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos neste caso:

Reconheço igualmente que isto significa que as situações especiais existentes no Estado em causa podem ter de ser tidas em conta para avaliar se o fato de esse Estado não ter tomado uma medida específica pode ou não ser aceite como sendo ainda compatível com o devido respeito pela vida privada de um indivíduo. Por último, reconheço que isto significa que, em determinadas circunstâncias, deve ser deixada ao critério do Estado em causa uma certa margem de apreciação<sup>8</sup> (CEDH, 1990, p.24).

Logo, através de tais análises e fundamentos jurídicos, a Corte Europeia de Direitos Humanos manteve a decisão denegatória do reconhecimento dos direitos de Cossey e que foi confeccionada pelo Reino Unido. Segundo o Tribunal Europeu, deve-se haver o respeito à legislação interna do país de origem, uma vez que não há um “terreno comum” entre os Estados para regulamentar os direitos existentes das pessoas transexuais (aqui, eles quiseram mencionar, por exemplo, que não haveria uma convenção ou um acordo legal e comum entre os estados europeus para tratar sobre os referidos assuntos). Com isso, o Reino Unido – assim como qualquer outro país europeu na época – teria margem de apreciação para escolher como iria regulamentar os direitos das pessoas transexuais, como os de Cossey e assim:

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 (OLIVA; DEL GROSSI, 2013, p.117).

---

<sup>8</sup>Texto original: *I also accept that this means that special situations obtaining in the State concerned may have to be taken into account when assessing whether or not the failure of that State to take a specific measure may be accepted as still being compatible with due respect for the private life of an individual. Finally I accept that this means that under some circumstances a certain margin of appreciation should be left to the State concerned.*



Acrescentando a sua fundamentação, a Corte Europeia também ressaltou que a margem de apreciação nacional, neste caso, não deveria ser interpretada como uma discricionariedade do Estado (Reino Unido) em decidir sobre tais assuntos, mas sim como uma forma de contensão deste sobre tais assuntos (como um “não fazer”) (CEDH, 1990, p.25).

Nesta seara, a Corte Europeia também determinou que não poderíamos interpretar as negativas do Reino Unido – aos direitos de Cossey – como violações, uma vez que só haveria violação dos direitos de Cossey se os atos praticados pelo Reino Unido fossem de encontro as suas próprias “promessas”, ou seja, contra sua própria legislação e, no referido caso em análise, o próprio Estado estava cumprindo a sua legislação interna ao negar tais direitos a Srta. Cossey; pois “essa margem só entra em jogo quando um Estado resolve reconhecer a nova identidade sexual dos transexuais pós-operatórios: então deve haver espaço para uma certa discricionariedade quanto aos requisitos e à forma de tal reconhecimento”<sup>9</sup> (CEDH, 1990, p.26).

Dessa forma, o Tribunal Europeu concluiu que para haver a concessão de tais direitos (mudança no registro civil de nascimento e da realização do casamento) para as pessoas transexuais, deveria haver uma mudança legislativa no Reino Unido e que não poderíamos submeter a vontade individual de uma pessoa (a de Cossey) contra a vontade de toda uma coletividade (a do próprio Reino Unido, enquanto Estado); já que:

Na minha opinião, esta prudência não é, em princípio, coerente com a missão do Tribunal de proteger o indivíduo contra a coletividade e de o fazer através da elaboração de normas comuns [...]. De facto, é necessária cautela, mas noutra direção: se uma coletividade oprime um indivíduo porque não quer reconhecer as mudanças sociais, o Tribunal deve tomar muito cuidado para não ceder demasiado prontamente a argumentos baseados nas particularidades culturais e históricas de um país<sup>10</sup> (CEDH, 1990, p.34).

Portanto, a doutrina da margem de apreciação foi aplicada – de acordo com tais argumentos da Corte Europeia – para afastar as alegações de Cossey (violações aos Arts. 8º e

---

<sup>9</sup>Texto original: *That margin comes into play only when a State resolves to recognise the new sexual identity of post-operative transsexuals: then there should be room for a certain discretion as to the requirements for and the form of such recognition.*

<sup>10</sup> Texto original: *In my opinion this caution is in principle not consistent with the Court’s mission to protect the individual against the collectivity and to do so by elaborating common standards (see paragraph 3.6.3 above). Caution is indeed called for, but in another direction: if a collectivity oppresses an individual because it does not want to recognise societal changes, the Court should take great care not to yield too readily to arguments based on a country’s cultural and historical particularities.*



12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos) e fazer prevalecer à margem de apreciação do Reino Unido, em disciplinar tais direitos através da sua legislação interna, assim como ordena os referidos artigos da Convenção; bem como a inexistência de acordo comum entre os outros Estados da Europa que discipline tais direitos as pessoas transexuais.

Diante de todo esse julgamento, constata-se como consequências jurídicas da manutenção da decisão denegatória do Reino Unido contra Cossey - pela Corte Europeia de Direitos Humanos – as seguintes: (i) os direitos de mudança do registro civil e da realização de casamento, para as pessoas transexuais, devem se submeter a legislação interna do Estado; (ii) quando o Art.12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais (1973) e a Lei de Registro de Nascimento e Óbito do Reino Unido (1953) se referem a sexo (homem ou mulher), estes estão mencionando apenas o sexo biológico do indivíduo; (iii) não há um acordo comum ou uma convenção específica na Europa que trate sobre os direitos das pessoas transexuais, o que faz prevalecer a margem de apreciação do Estado em regulamentar tais direitos; (iv) a margem de apreciação nacional pode ser usada de maneira contenciosa pelo Estado e; (v) que as decisões judiciais – do Reino Unido e do próprio Tribunal Europeu – não podem subordinar a vontade individual de uma pessoa (no caso, a de Cossey) contra a vontade de toda uma coletividade (Reino Unido).

Dessa maneira, o caso “Cossey vs Reino Unido” representou um importante marco na discussão dos direitos das pessoas transexuais no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual manteve tal entendimento por longos anos. Porém, foi com o caso “Goodwin vs Reino Unido” do ano de 2002 que trouxe novamente a discussão dos direitos das pessoas transexuais e seu reconhecimento e concessão pelo Estado, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e acabaria por representar uma verdadeira “virada” no entendimento da Corte Europeia sobre o assunto.

#### **4 O CASO “GOODWIN VS REINO UNIDO” E A REABERTURA DA DISCUSSÃO DO USO DA DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NOS CASOS EM QUE ENVOLVEM OS DIREITOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS**

A partir da análise do caso “Cossey vs Reino Unido”, foi possível perceber que suas consequências jurídicas advindas do julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos acabaram dando prevalência à margem de decidir do Estado, em detrimento da vontade do





juiz internacional. O problema é que – apesar do Tribunal Europeu ter decidido com base na margem de apreciação nacional – as demandas movidas por pessoas transexuais, em busca de um reconhecimento no meio social, não se esgotaram (CEDH, 2002, p.32-33).

Em especial, o caso “Christine Goodwin vs Reino Unido” (*Application* nº. 28957), julgado pela referida Corte no ano de 2022, acabou representando um importante marco na proteção dos direitos humanos (intimidade, do trabalho, previdenciário e matrimonial) para os indivíduos transexuais. Assim, com o caso “Christine Goodwin vs Reino Unido”, inclusive; a interpretação constante no Art.12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos passou a sofrer mutação constitucional, de tal maneira – por exemplo – que os termos “homem” e “mulher” não passaram mais a ser interpretados de maneira literal, isto é; levando-se em consideração apenas o sexo biológico da pessoa.

Porém, essa não foi a única consequência jurídica do julgamento do caso “Christine Goodwin vs Reino Unido”. Dessa forma, passaremos a estudar quais os principais pontos do seu julgamento pelo Tribunal Europeu e como este acabou se utilizando da margem da apreciação nacional para afirmar a necessidade de proteção dos direitos humanos das pessoas transexuais em face do Estado-nação; assim:

O Tribunal de Justiça considerou que a situação, tal como evoluiu, deixou de estar abrangida pela margem de apreciação do Reino Unido. Caberá ao Governo do Reino Unido aplicar, em devido tempo, as medidas que considere adequadas para cumprir as suas obrigações de garantir o direito do requerente e de outros transexuais ao respeito pela vida privada e o direito de se casar em conformidade com o presente acórdão. Embora não haja dúvida de que a recorrente sofreu angústia e ansiedade no passado, é a falta de reconhecimento legal da redesignação de gênero de transexuais pós-operatórios que está no cerne das queixas apresentadas no presente pedido, a mais recente de uma sucessão de casos por outros requerentes que levantam as mesmas questões. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não considera adequado proferir uma sentença a este recorrente em particular. A constatação da violação, com as consequências que daí advirão para o futuro, pode, nestas circunstâncias, ser considerada como constituindo uma justa satisfação<sup>11</sup> (CEDH, 2002,p.33).

<sup>11</sup> Texto original: *The Court has found that the situation, as it has evolved, no longer falls within the United Kingdom's margin of appreciation. It will be for the United Kingdom Government in due course to implement such measures as it considers appropriate to fulfil its obligations to secure the applicant's, and other transsexuals', right to respect for private life and right to marry in compliance with this judgment. While there is no doubt that the applicant has suffered distress and anxiety in the past, it is the lack of legal recognition of the gender re-assignment of post-operative transsexuals which lies at the heart of the complaints in this application, the latest in a succession of cases by other applicants raising the same issues. The Court does not find it appropriate therefore to make an award to this particular applicant. The finding of violation, with the consequences which will ensue for the future, may in these circumstances be regarded as constituting just satisfaction.*





Nesse contexto, inicialmente; frisa-se que a Srta. Christiane Goodwin foi diagnosticada como uma pessoa transexual em 1969, tendo nos anos seguintes (1984 e 1990) realizado as mudanças necessárias para que pudesse ser vista socialmente como uma figura feminina, sendo elas: tratamento hormonal, vestimenta e a cirurgia de mudança de sexo. Todavia, apesar de realizar todas as alterações para o seu verdadeiro gênero; Goodwin não recebia o tratamento pela legislação e nem em seu ambiente de trabalho de acordo com o seu real gênero, ou seja, o feminino; já que:

[...] os grupos minoritários, em geral, não encontram amparo suficiente na legislação vigente, ou, se o amparo legal existe, não é implementado de modo eficaz. Por isso, é comum a luta desses grupos por terem sua voz mais escutada nos meios institucionais (MADEIRA; HAHN; DE LIMA; ALVIM, 2022, p.04).

Assim, Goodwin acabou sendo discriminada (pela sua opção sexual) nos seguintes pontos: (i) em seu ambiente de trabalho onde sofria constante assédio moral do seus colegas de trabalho, além de que ela poderia ser punida – pela legislação inglesa – caso não revelasse o seu nome de transexual para o seu empregador; (ii) no tocante ao recolhimento de sua previdência, Goodwin requereu uma nova inscrição da seguridade social, perante o Estado, como mulher (onde acabaria, conseqüentemente, contribuindo menos para se aposentar); porém, o ente estatal acabou negando o seu requerimento, uma vez que as regras da previdência social estavam pautadas de acordo com o sexo biológico do indivíduo, em especial as contribuições para a aposentadoria; e (iii) nas suas relações sociais e individuais, já que Goodwin não conseguiu alterar o seu gênero na certidão de nascimento, e o Reino Unido negou o seu direito de se casar com o seu namorado à época:

É justamente em virtude desse critério, fixado em 1971 no caso *Corbett v. Corbett*<sup>10</sup> - 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*<sup>11</sup>, de 2001, que resultou na anulação do casamento de um homem com um transexual do gênero masculino para o feminino (OLIVA; DEL GROSSI, 2013, p.115-116).

Logo, após sofrer tais negativas por parte do Estado, Goodwin resolveu recorrer à Corte Europeia dos Direitos Humanos na tentativa de que esta julgasse os seus requerimentos e, assim, pudesse proteger os seus direitos ao trabalho, à previdência social, à alteração da sua certidão de nascimento e da possibilidade de contrair matrimônio. Com isso, alegou que o Reino Unido estaria violando os seguintes artigos da Convenção Europeia dos Direitos do





Homem: 8º (respeito pela vida privada e familiar), 12 (casamento), 13 (direito a um recurso efetivo) e o 14 (proibição de discriminação).

Dessa forma, o Tribunal Europeu ressaltou – no momento do julgamento – que tais controvérsias já haviam sido julgadas pela Corte em dissídios passados, como o de “Cossey vs Reino Unido” (o qual também estudamos). Porém, mesmo decidindo sobre tais questões anteriormente, a Corte Europeia reconheceu que as pessoas transexuais acabam permanecendo em uma realidade anômala, ou seja, não possuem os seus direitos protegidos pela legislação do Reino Unido devido ao seu sexo biológico e também não possuem os seus direitos resguardados por que o próprio Estado não legisla no sentido de tipificar os direitos das pessoas tidas como transexuais (CEDH, 2002, p.06).

O que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quis dizer é que o transexual acaba permanecendo em um “limbo” de falta de proteção dos seus direitos, pois o Reino Unido acaba se utilizando da sua margem de apreciação nacional para não legislar a proteção dos direitos dos transexuais, como se fosse algo facultativo. Além disso, a Corte também critica que o Reino Unido não pode se utilizar da falta de existência de um acordo comum entre os estados europeus para a proteção dos transexuais como uma forma de se esquivar da sua responsabilidade em proteger – juridicamente – tais pessoas.

Através de tal pensamento, a Corte Europeia acabou reconhecendo que – apesar da legislação do Reino Unido pautar o reconhecimento do matrimônio, do gênero na certidão de nascimento e a disposição da previdência e do trabalho com base, exclusivamente, no sexo biológico da pessoa – a proteção gradativa dos direitos das pessoas transexuais deveria se coadunar com o nível de aceitação social que tais indivíduos hoje possuem:

Remetendo para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Governo sustentou que não existia uma abordagem geralmente aceita entre os Estados Contratantes em matéria de transexualidade e que, tendo em conta a margem de apreciação deixada aos Estados ao abrigo da Convenção, a falta de reconhecimento no Reino Unido da nova identidade de gênero da recorrente para efeitos jurídicos não implicava uma violação do artigo 8.º da Convenção. Eles contestaram a afirmação do requerente de que a pesquisa científica e as “mudanças sociais maciças” levaram a uma ampla aceitação, ou consenso sobre questões, do transexualismo<sup>12</sup> (CEDH, 2002, p.19).

<sup>12</sup> Texto original: *Referring to the Court's case-law, the Government maintained that there was no generally accepted approach among the Contracting States in respect of transsexuality and that, in view of the margin of appreciation left to States under the Convention, the lack of recognition in the United Kingdom of the applicant's new gender identity for legal purposes did not entail a violation of Article 8 of the Convention. They disputed the applicant's assertion that scientific research and “massive societal changes” had led to wide acceptance, or consensus on issues, of transsexualism.*

Diante disso, a transexualidade seria uma realidade nos dias de hoje, de tal maneira que a falta de uma legislação do Reino Unido que se preocupe em tipificar tal tratamento de direitos aos transexuais acaba colocando-os em uma posição de vulnerabilidade social. Portanto, a Corte Europeia acabou reconhecendo os direitos pleiteados por Goodwin (mudança na certidão de nascimento, direito ao matrimônio e o tratamento feminino na previdência e no ambiente de trabalho) e recomendando que o Reino Unido providenciasse uma legislação própria para tratar de tais casos parecidos, afastando a utilização – assim – da teoria da margem de apreciação nacional, uma vez que isso não deveria mais ser considerado como uma opção estatal de regulamentação, mas sim uma forma de proteção dos direitos das pessoas transexuais; já que:

Tendo em conta as considerações precedentes, o Tribunal de Justiça considera que o Governo demandado já não pode alegar que a questão se insere na sua margem de apreciação, a não ser no que se refere aos meios adequados para alcançar o reconhecimento do direito protegido pela Convenção. Uma vez que não existem fatores significativos de interesse público que possam ser ponderados contra o interesse desta recorrente individual na obtenção do reconhecimento legal da sua designação de gênero, chega à conclusão de que o justo equilíbrio inerente à Convenção inclina-se agora decisivamente a favor da recorrente. Houve, por conseguinte, um incumprimento do seu direito à vida privada, em violação do artigo 8.º da Convenção<sup>13</sup> (CEDH, 2002, p.27).

Com tal julgamento (histórico) pela Corte Europeia, houve as seguintes consequências jurídicas: (i) a realização da mutação constitucional nos termos “homem” e “mulher” previstos no Art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, onde não se considerou mais apenas o sexo biológico como determinante para o casamento; (ii) a determinação de que os direitos dos transexuais devem ser assegurados pelo Reino Unido pela força do comando do Art.8º da mesma Convenção, não podendo o Estado discrimina-los com base em sua identidade sexual ou justificar a sua omissão legislativa pela falta de um acordo comum entre os estados europeus para regulamentar a matéria; e (iii) que deve prevalecer a vida privada e familiar da pessoa transexual em detrimento da vontade do Estado, ou seja, o

---

<sup>13</sup>Texto original: *Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender reassignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention.*



ente estatal não poderia mais realizar discriminações do transexual baseado nas escolhas de vida do indivíduo (no caso, com quem ele se casaria ou não).

Portanto, fica evidente que o caso “Goodwin vs Reino Unido” representou um importante marco na proteção dos direitos humanos dos transexuais (vida privada, casamento, trabalhistas e de previdência) na órbita interna do Estado-nação (como no Reino Unido), bem como no âmbito internacional. Além disso, também foi possível perceber que o Tribunal Europeu afastou a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional como forma de efetivar (universalizar) os direitos humanos, especialmente de grupos vulneráveis.

## **5 CONCLUSÃO**

Ao final do presente trabalho, foi possível identificar como consequências jurídicas do caso “Cossey vs Reino Unido”: (i) os direitos de mudança do registro civil e da realização de casamento, para as pessoas transexuais, devem se submeter a legislação interna do Estado; (ii) quando o Art.12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais (1973) e a Lei de Registro de Nascimento e Óbito do Reino Unido (1953) se referem a sexo (homem ou mulher), estes estão mencionando apenas o sexo biológico do indivíduo; (iii) não há um acordo comum ou uma convenção específica na Europa que trate sobre os direitos das pessoas transexuais, o que faz prevalecer a margem de apreciação do Estado em regulamentar tais direitos; (iv) a margem de apreciação nacional pode ser usada de maneira contenciosa pelo Estado e; (v) que as decisões judiciais – do Reino Unido e do próprio Tribunal Europeu – não podem subordinar a vontade individual de uma pessoa (no caso, a de Cossey) contra a vontade de toda uma coletividade (Reino Unido).

Diante disso, percebe-se que a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional no referido caso acabou gerando uma relativização dos direitos humanos dos transexuais, uma vez que o Tribunal Europeu deu prevalência à margem de discricionariedade do Estado em regulamentar sobre tais direitos humanos de acordo com as peculiaridades da sua legislação e realidade do seu povo.

Além disso, também foram identificados como consequências jurídicas do caso “Goodwin vs Reino Unido”: (i) a realização da mutação constitucional nos termos “homem” e “mulher” previstos no Art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, onde não se considerou mais apenas o sexo biológico como determinante para o casamento; (ii) a





determinação de que os direitos dos transexuais devem ser assegurados pelo Reino Unido pela força do comando do Art.8º da mesma Convenção, não podendo o Estado discrimina-los com base em sua identidade sexual ou justificar a sua omissão legislativa pela falta de um acordo comum entre os estados europeus para regulamentar a matéria; e (iii) que deve prevalecer a vida privada e familiar da pessoa transexual em detrimento da vontade do Estado, ou seja, o ente estatal não poderia mais realizar discriminações do transexual baseado nas escolhas de vida do indivíduo (no caso, com quem ele se casaria ou não).

Logo, de tal identificação das circunstâncias, conclui-se que a teoria da margem de apreciação nacional – mesmo sendo invocada pelo Reino Unido – acabou sendo afastada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o que provocou a universalização de tais direitos, já que a Corte acabou prelecionando uma maior efetivação dos direitos humanos, afastando a discricionariedade do Estado em não regulá-los em sem âmbito interno (inclusive, o Tribunal ressaltou a questão do “limbo” que os transexuais permanecem pela falta de legislação, no Reino Unido, dos seus direitos).

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Kevin. **Marx nas margens**: nacionalismo, etnia e sociedades não ocidentais. São Paulo, Boitempo, 2019.

BARBOSA, Hanna Haviva Vasconcelos. Da evolução dos direitos fundamentais: democracia como direito de quarta geração e suas implicações. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais**, Alagoas, v. 7, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/9961>. Acesso em: 7 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Convenção Europeia de Direitos do Homem, 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 7 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. **Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application nº. 6538/74)**. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57584%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57584%22]}). Acesso em: 7 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. **Case of Handyside vs The United Kingdom (Application Nº. 5493/72)**. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-HANDYSIDE-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.





CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. **Case Engel and Other vs The Netherlands (Application N.º 5370/72)**. Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57479%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57479%22]}). Acesso em: 7 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. **Case of Cossey vs The United Kingdom (Application n.º. 10843/84)**. Disponível em: COSSEY v. THE UNITED KINGDOM (coe.int). Acesso em: 8 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. **Case of Christine Goodwin vs The United Kingdom (Application n.º. 28957/95)**. Disponível em:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596&num%3B%7B%22itemid%22%3A%5B%25#:~:text=The%20applicant%20claims%20that%20between,law%20to%20be%20a%20man>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Convenção Europeia de Direitos do Homem, 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 7 abr. 2023.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009.

MARX, Karl. **Formações Econômicas Pré-capitalistas**. São Paulo, Paz e Terra, 2011. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1791199/mod\\_resource/content/1/Forma%C3%A7%C3%B5es%20Econ%C3%B4micas%20Pr%C3%A9-Capitalistas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1791199/mod_resource/content/1/Forma%C3%A7%C3%B5es%20Econ%C3%B4micas%20Pr%C3%A9-Capitalistas.pdf). Acesso em: 7 abr. 2023.

MADEIRA, Fernando Nunes; HAHN, Álisson; DE LIMA, João Paulo Rodrigues; ALVIM, Joaquim Leonel De Rezende. Inclusão da minoria e seus direitos na sociedade. **Pesquisas e Inovações em Ciências Humanas e Sociais: Produções científicas multidisciplinares no século XXI**, [s. l.], v. 1, 2022. Disponível em: [https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/09/capitulo-humanas\\_3-15.pdf](https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/09/capitulo-humanas_3-15.pdf). Acesso em: 11 abr. 2023.

MORAES, Maria Valentina; MAAS, Rosana Helena. A vinculação dos poderes do estado à concretização de direitos fundamentais sociais: há espaço para uma margem de apreciação?. **Revista Chilena De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social**, [s. l.], v. 13, n. 26, 2022. Disponível em:

<https://estudiosdeadministracion.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/63614>. Acesso em: 7 abr. 2023.

OLIVA, Thiago Dias; DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. Universalismo e respeito às decisões locais: uma abordagem a partir de casos da Corte Europeia de Direitos Humanos envolvendo direitos sexuais e reprodutivos. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 6, 2013. Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/138>. Acesso em: 8 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: Acesso em: 7 abr. 2023.





ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/126610-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-lembram-os-mortos-da-segunda-guerra-mundial#:~:text=No%20total%2C%20cerca%20de%2040,russos%2C%20tamb%C3%A9m%20perderam%20a%20vida>. Acesso em: 7 abr. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**/ Flávia Piovesan. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SARAIVA, Bianca Cartágenes. **A margem de apreciação dos Estados no direito internacional dos direitos humanos e a proteção mínima**. Orientador: Ana Soares Pinto. 2021. 181 f. Dissertação de Mestrado (Especialidade Ciências Jurídico-Internacionais) - Faculdade de Direito (Universidade de Lisboa), Lisboa, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393_tese.pdf). Acesso em: 7 abr. 2023.

SARAIVA, Bianca Cartágenes. A utilização da margem de apreciação em decisões do TEDH como ferramenta para a manutenção de padrões coloniais da Europa. In: GOERCH, Alberto Barreto; CARRIJO, Augusto Guimarães; SARAIVA, Bianca Cartágenes; SOARES, Boni de Moraes; PERES, Bruna Lopes; BARRETO, Caio César Ovelheiro Menna; CAPUCIO, Camila; BUCCI, Daniela; DENNY, Danielle Mendes Thame; SIMINI, Danielo Garnica; REIS, Graziela Tavares de Souza; TAVARES, Henrique Furtado; DANTAS, João Gabriel Dias Arruda Vieira; GONÇALVES, João Manoel de Moraes; GOMES, Joséli Fiorin; PEREIRA, Luciano Meneguetti; PALERMO, Marcos Pascotto; FAGUNDES, Mayra; BORGES, Murilo; NASCIMENTO, Natalia Imbernom; DE FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso; LOPES, Sibebe Walkiria; SQUEFF, Tatiana Cardoso; CALIXTO, Yago Teodoro Aiub. **Tribunais internacionais e decolonização**. CuritibaAcadem: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2022. cap. 7, p. 88-97. ISBN 78-65-996437-1-2. Disponível em: <https://sites.usp.br/netiusp/wp-content/uploads/sites/920/2022/12/TRIBUNAIS-INTERNACIONAIS-E-DECOLONIZACAO.pdf#page=89>. Acesso em: 8 abr. 2023.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?**. [S. l.: s. n.], s.d.. 51 p. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTADO%20Sieyes.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SILVA, Liniker Scolfield Rodrigues da; CRUZ, Lusanira Maria da Fonseca de Santa; CUNHA JÚNIOR, Luiz Valério Soares da; SILVA FILHO, Hélio Monteiro da; PEREIRA, Danilo Martins Roque; ARAÚJO, Ednaldo Cavalcante de. Obstáculos no acesso a serviços públicos de saúde por travestis e pessoas transexuais: revisão integrativa. **Revista Rene**, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8769656>. Acesso em: 8 abr. 2023.

SOUZA, Natan Oliveira de; CASTILHOS, Daniela Serra. A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia em defesa dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, n. 31, 2022. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/27320>. Acesso em: 7 abr. 2023.

