



RELIGIÃO E DEMOCRACIA NA EUROPA E NO BRASIL

BERNARDO SORJ E SERGIO FAUSTO (ORG)

JAVIER MARTINEZ-TORRÓN
JEAN-PAUL WILLAIME
LEILA LINHARES BARSTED
MARÍA J. VALERO-ESTARELLAS
NINA RANIERI
PAULA MONTERO
STÉPHANIE WATTIER

**PLATAFORMA
DEMOCRÁTICA**
FUNDAÇÃO FHC
CENTRO EDELSTEIN

PLATAFORMADEMOCRATICA.ORG



FUNDAÇÃO
FERNANDO
HENRIQUE
CARDOSO

RELIGIÃO E DEMOCRACIA NA EUROPA E NO BRASIL

BERNARDO SORJ E SERGIO FAUSTO (ORG)

JAVIER MARTINEZ-TORRÓN
JEAN-PAUL WILLAIME
LEILA LINHARES BARSTED
MARÍA J. VALERO-ESTARELLAS
NINA RANIERI
PAULA MONTERO
STÉPHANIE WATTIER



FUNDAÇÃO
FERNANDO
HENRIQUE
CARDOSO

Plataforma Democrática (www.plataformademocratica.org) é uma iniciativa da Fundação Fernando Henrique Cardoso e do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, dedicada ao fortalecimento das instituições e da cultura democrática na América Latina, através do debate pluralista de ideias sobre as transformações na sociedade e na política da região e do mundo.

Revisão: Beatriz Kipnis

Tradução: Fabio Storino

Projeto gráfico e capa: Bruno Ortega

Copyright do texto © 2022 by FFHC

São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2022

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Religião e democracia na Europa e no Brasil
[livro eletrônico] / organização Bernardo Sorj,
Sergio Fausto. -- 1. ed. -- São Paulo :
Fundação FHC, 2022.
PDF.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-87503-21-9

1. Brasil - Política e governo 2. Democracia
3. Direitos humanos 4. Europa - Política e governo
5. Religião I. Sorj, Bernardo. II. Fausto, Sergio.

22-128874

CDD-306.6

Índices para catálogo sistemático:

1. Política e religião : Sociologia 306.6

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Este trabalho pode ser reproduzido gratuitamente, sem fins comerciais, em sua totalidade ou em parte, sob a condição de que sejam devidamente indicados a publicação de origem e seu autor.

Agradecemos o apoio da Delegação da União Europeia no Brasil.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

Bernardo Sorj e Sergio Fausto 5

FAMÍLIA, SEXUALIDADE E REPRODUÇÃO UM CAMPO EM DISPUTA

Leila Linhares Barsted 9

RELIGIÃO E ESPAÇO PÚBLICO – O PARADIGMÁTICO CASO DO ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL

Nina Ranieri 67

LIBERDADE RELIGIOSA E DEMOCRACIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Paula Montero 109

A NEUTRALIDADE RELIGIOSA DO ESTADO NA EUROPA

Javier Martinez-Torrón 157

DIFERENTES MODELOS DE RELIGIÃO E EDUCAÇÃO NA EUROPA

Jean-Paul Willaime 197

FAMÍLIA E DIREITOS REPRODUTIVOS: VIDA PRIVADA E FAMILIAR E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

María J. Valero-Estarellas • Stéphanie Wattier 220

FAMÍLIA E DIREITOS REPRODUTIVOS: VIDA PRIVADA E FAMILIAR E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS¹

María J. Valero-Estarellas

*Universidade de Villanueva
(Madri, Espanha)*

Stéphanie Wattier

*Universidade de Namur
(Namur, Bélgica)*

I. INTRODUÇÃO

Desde que a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (citada, daqui em diante, como a Convenção ou CEDH) foi promulgada em 1950, as sociedades dos Estados que hoje compõem o Conselho da Europa evoluíram, paralelamente

1 Este trabalho foi realizado no contexto do projeto HUDISOC (PID2019-106005GB-I00) do Ministério da Ciência e Inovação da Espanha e das atividades do Grupo de Pesquisa RESAM da Universidade de Villanueva (Madri). As autoras gostariam de expressar sua gratidão ao professor Javier Martínez-Torrón por suas importantes contribuições para a realização deste trabalho.

ao resto do mundo democrático ocidental, em direção a modelos familiares e estilos de vida cada vez mais diversos e distantes daqueles antes considerados a norma em meados do século 20. Essa evolução social tem sido impulsionada e, por sua vez, também impulsiona novas percepções sobre questões como sexualidade e gênero, a própria identidade, a maternidade, o papel social e familiar das mulheres, a relação paterno-filial, a autodeterminação e a capacidade de decidir sobre o próprio corpo, que têm impacto imediato no conteúdo e no alcance de alguns dos direitos tradicionalmente protegidos por declarações internacionais e constitucionais dos direitos humanos.

Os avanços científicos em questões relacionadas à saúde sexual e reprodutiva, ao início e ao fim da vida humana e às novas possibilidades que a ciência oferece em áreas como pesquisa genética ou intervenção em embriões humanos para a obtenção e manipulação de células-tronco, também servem como catalisador para algumas das transformações mais complexas que nossas sociedades enfrentam hoje. Há décadas, essas transformações têm apresentado a juristas e cientistas novos e complexos desafios, cuja solução adequada depende, em grande medida, de que a noção de dignidade humana, um conceito metajurídico, porém imprescindível para justificar todo o arcabouço de proteção dos direitos humanos como conhecemos hoje, não se enfraqueça a ponto de se tornar apenas uma referência retórica.

A interpretação evolutiva da Convenção permitiu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (citado, daqui em diante, como Tribunal de Estrasburgo ou TEDH) abordar toda uma geração de demandas relativas à vida familiar e privada

dos cidadãos europeus, tendo como ponto de partida o art. 8º da CEDH, que estabelece que:

- “1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*
- 2. Não pode haver ingerência do poder público no exercício desse direito, senão quando essa ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”*

Quando o art. 8º da CEDH protege o direito à vida privada e familiar, seu objetivo principal é proteger o indivíduo da interferência arbitrária do poder público. Juntamente com obrigações de natureza negativa, de abstenção ou de defesa², a salvaguarda da vida privada e familiar também impõe aos Estados obrigações de natureza positiva, que podem exigir a adoção de medidas específicas destinadas a garanti-las, também no contexto das relações entre os indivíduos. Nem sempre é fácil determinar se, nessa proteção, o Estado está sujeito a obrigações de natureza positiva ou negativa, de modo que, em todo caso, é utilizado o mesmo procedimento de investigação: o fator determinante será estabelecer se o poder público foi capaz de pesar adequadamente os interesses

2 Ver **Kroon vs. Países Baixos**, 27 out. 1994, § 31. Toda a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) está disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>. Salvo indicação em contrário, todos os processos e páginas *web* mencionados neste capítulo foram consultados pela última vez em 29 jul. 2022.

legais que estão em jogo em cada conflito em particular. Para isso, o Tribunal segue seu raciocínio clássico, verificando se a interferência em um direito protegido pela Convenção é prevista em lei, busca um objetivo legítimo e pode ser considerada necessária em uma sociedade democrática.

A chamada “doutrina da margem de apreciação”, desenvolvida pelo Tribunal de Estrasburgo para garantir uma área de soberania e autonomia aos Estados-membros, permite às autoridades nacionais a capacidade de determinar como, e em que situações, os direitos protegidos pelo art. 8º da CEDH podem ser limitados. Essa margem de apreciação será menor quanto mais uma faceta particularmente relevante da existência ou da identidade de uma pessoa for afetada.³ De forma um tanto contraditória, o Tribunal afirmou, no entanto, que a margem de apreciação será maior quando não houver um amplo consenso entre os Estados-membros do Conselho da Europa sobre um assunto específico, em particular quando questões de profunda importância moral ou ética estão em jogo.⁴ Veremos nas páginas que seguem alguns exemplos dos problemas levantados pela doutrina da margem de apreciação, especialmente no que diz respeito à dignidade do feto e embrião humanos.⁵

É importante lembrar que, quando o Tribunal de Estrasburgo revisa a adequação das opções legais ou de decisões judiciais específicas de um Estado, não cabe a ele

3 **Parrillo vs. Itália** [GC], 27 ago. 2015, voto individual de Pinto de Albuquerque, pp. 63 ss.

4 **Christine Goodwin vs. Reino Unido** [GC], 11 jul. 2002, § 85; **Evans vs. Reino Unido** [GC], 10 abr. 2007, § 77.

5 Ver seções 3.1 e 3.3 abaixo.

opinar se uma solução diferente poderia ter sido adotada, ou mesmo se essa solução alternativa teria alcançado um equilíbrio mais justo entre os interesses em disputa, mas, simplesmente, determinar se as autoridades nacionais não excederam sua discricionariedade a ponto de infringir os direitos fundamentais protegidos pela Convenção.⁶

Entre as inúmeras decisões e sentenças que o Tribunal de Estrasburgo proferiu ao longo de sua história sobre os direitos à vida privada e familiar, este capítulo pretende destacar aquelas que, precisamente por suscitarem as questões de profunda relevância moral e ética acima mencionadas, além de deontológica, podem potencialmente colidir com outro direito fundamental especialmente protegido pela Convenção: a liberdade de consciência.

Não é segredo que muitas das novas realidades que buscam ser normalizadas nas sociedades europeias produzem, em muitos cidadãos, resistências de ordem religiosa, ideológica, ética, moral e deontológica. Protegido pelo art. 9º da CEDH, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião não é uma concessão graciosa do direito aos anseios privados dos cidadãos. É, como mostrou o processo **Kokkinakis vs. Grécia** há mais de 25 anos, um dos fundamentos de uma sociedade democrática, um bem precioso não apenas para aqueles que têm uma visão de mundo religiosa, mas também para ateus, agnósticos, céticos e indiferentes, pois “o pluralismo inseparável de uma sociedade democrática, que foi conquistado com esforço ao longo dos séculos, depende

6 **S. H. vs. Áustria** [GC], 3 nov. 2011, § 106.

dele”.⁷ Como veremos ao longo das páginas deste capítulo, a liberdade de consciência, também em sua materialização como objeção de consciência, é essencial para garantir que as sociedades europeias contemporâneas, plurais e inclusivas em teoria, sejam verdadeiramente plurais, em um exercício de maturidade democrática que permita a convivência harmoniosa no espaço público e político, compartilhada por diferentes ideologias e visões de mundo.

Para alcançar esse objetivo, este capítulo foi dividido em três seções, divididas em subseções. A primeira, da qual a professora Wattier é a principal autora, apresenta ao leitor uma amostra selecionada de decisões do Tribunal de Estrasburgo que destacam a relação entre o direito à vida familiar e à liberdade de consciência em questões tão relevantes quanto o direito dos pais à educação de seus filhos, o divórcio, a prestação de serviços a casais homossexuais ou a autonomia das confissões religiosas. A segunda, preparada pela professora Valero-Estarellas, mergulha no complexo mundo dos direitos reprodutivos, em especial aqueles que, devido ao seu alto componente ético e moral, muitas vezes apresentam sérios desafios quando se trata de delinear os limites à vida privada e à liberdade de consciência. O capítulo termina com algumas considerações finais necessariamente breves.

7 **Kokkinakis vs. Grécia**, 25 maio 1993, § 31. Salvo indicação em contrário, todas as traduções são das autoras. Cf. Bratza, N. (2012). The “Precious Asset”: Freedom of Religion Under the European Court of Human Rights. **Ecclesiastical Law Journal**, 14(2), 256–271. <https://doi.org/10.1017/S0956618X12000300>

II. DIREITO À VIDA FAMILIAR E À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A noção de *vida familiar* mudou muito ao longo do tempo. A noção de família tradicional — especialmente representada no Código Napoleônico Francês e em textos europeus contemporâneos e subsequentes — deu agora lugar a um rico mosaico de modelos familiares, cujos direitos se enquadram no âmbito do art. 8º da CEDH.

O art. 8º da CEDH, do ponto de vista da vida familiar, tem sido objeto de muitas decisões e processos do Tribunal de Estrasburgo, vários dos quais são considerados *leading cases* (casos líderes).⁸ Podemos destacar os processos **Marckx vs. Bélgica** (sobre igualdade entre crianças nascidas dentro e fora do casamento), **Pretty vs. Reino Unido** (sobre suicídio assistido) ou **Goodwin vs. Reino Unido** (sobre os direitos dos homossexuais).

A diversidade de processos tratados pelo Tribunal de Estrasburgo nos casos que supervisiona com base no art. 8º da CEDH, no seu sentido de vida familiar, impossibilita realizarmos aqui uma análise exaustiva de todas as suas possíveis formas: a vida familiar como tal; casais heterossexuais e homossexuais; casamento e outros tipos de uniões; divórcio; autoridade parental; relações entre pais e filhos; relações entre avós e netos; adoção; relações entre irmãos e irmãs; detenção de menores; reunificação familiar; sequestro

8 Allard, M.-P., Tapiero, P., & Willems, G. (2020). Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018). **Revue trimestrielle de droit familial**, 9–146.

internacional de crianças etc. Milhares de julgamentos de Estrasburgo dizem respeito à vida familiar.⁹

Em nossa análise na presente epígrafe, limitamo-nos a lidar com a jurisprudência sobre o confronto entre o direito à vida familiar e a liberdade de religião e de consciência. As situações em que esses dois direitos fundamentais estão em jogo são bastante delicadas e levaram a vários julgamentos importantes. Podemos identificar nos acórdãos do Tribunal de Estrasburgo nessa matéria quatro temas centrais: o direito dos pais à educação de seus filhos quando se invoca a objeção de consciência; a questão das consequências do divórcio em relação à liberdade religiosa; a objeção de consciência de um servidor público à prestação de serviços a um casal homossexual; e o conflito entre o direito à vida familiar e a autonomia das confissões religiosas.

Em muitos desses julgamentos, está em jogo não apenas a liberdade de consciência, mas também a objeção de consciência. A objeção de consciência pode ser definida como “a recusa do indivíduo, por razões de consciência, de se submeter a condutas que, em princípio, seriam obrigações legais (em função de norma, de contrato, de ordem judicial ou de resolução administrativa)”.¹⁰

Uma das questões que frequentemente chegam ao Tribunal é a objeção de consciência à obrigação de prestar o

9 Sobre os principais julgamentos do TEDH sobre a vida familiar, ver, em particular, Dandoy, N., & Willems, G. (Orgs.). (2022). **Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale**. Larcier.

10 Cf. Navarro-Valls, R., & Martínez-Torrón, J. (2012). **Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia** (p. 37). Iustel.

serviço militar.¹¹ O processo **Bayatyan vs. Armênia**, em 2011, foi o primeiro em que o Tribunal concordou em examinar a aplicabilidade do art. 9º da CEDH a objetores de consciência.¹² Anteriormente, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos (citada, daqui em diante, como a Comissão) havia rejeitado essa queixa em várias decisões, argumentando que os Estados-membros tinham a opção de reconhecer ou não o direito à objeção de consciência de maneira não vinculada aos direitos reconhecidos na Convenção.¹³

De fato, o art. 9º da CEDH não reconhece expressamente a objeção de consciência, ao contrário do artigo 10.2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece que “se reconhece o direito à objeção de consciência de acordo com as leis nacionais que regulamentem o seu exercício”. Na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, a objeção de consciência é tratada como uma questão de *forum externum*, isto é, como uma manifestação externa de crenças. Como sabemos, a liberdade de religião é uma liberdade que tem uma característica única em comparação com outros direitos fundamentais: é absoluta em um dos dois sentidos que engloba, ou seja, do lado do *forum internum* (dimensão interna), em oposição ao lado do

11 Ver **Erçep vs. Turquia**, 22 nov. 2011; **Savda vs. Turquia**, 12 jun. 2012; **Enver Aydemir vs. Turquia**, 7 jun. 2016; **Papavasiliakis vs. Grécia**, 15 set. 2016; **Adyan vs. Armênia**, 12 out. 2017; e **Dyagilev vs. Rússia**, 10 mar. 2020.

12 **Bayatyan vs. Armênia** [GC], 7 jul. 2011.

13 Ver Valero-Estarellas, M. J. (2021). Vida humana y libertad de conciencia. Una visión desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado**, (57), 10–16.

forum externum (dimensão externa),¹⁴ em relação ao qual o legislador pode estabelecer limitações.

II.I DIREITO DOS PAIS À EDUCAÇÃO DE SEUS FILHOS E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

O art. 2º do Protocolo Adicional n. 1 à CEDH (citado, daqui em diante, como o Protocolo n. 1) reconhece o direito à educação, afirmando que “a ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante às suas convicções religiosas e filosóficas.” Em outras palavras, esse artigo reconhece o direito dos pais de educar seus filhos de acordo com suas crenças religiosas. Esse direito fundamental é estendido pela jurisprudência estabelecida pelo Tribunal de Estrasburgo, que o interpreta juntamente com os dois artigos que constituem o objeto principal deste capítulo: o art. 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião) e o art. 8º (direito à vida privada e familiar) da CEDH. Nesse sentido, as limitações dos artigos 8.2 e 9.2 também se aplicam aos direitos dos pais sobre a educação de seus filhos, que não são absolutos.

Focamos nossa análise nos casos em que o Tribunal de Estrasburgo teve que decidir sobre o direito dos pais à

14 O *forum internum*, ou foro interno, refere-se ao domínio puramente interno do indivíduo; o *forum externum*, ou fórum externo, refere-se à externalização ou manifestação de pensamentos e crenças por meio de adoração, ensino, prática e ritos. Sobre o uso desses conceitos pelo TEDH, ver **Nolan e K. vs. Rússia**, 12 fev. 2009, § 59; e **İzzettin Doğan vs. Turquia** [GC], 26 abr. 2016, § 54.

educação de seus filhos quando a objeção de consciência é invocada.¹⁵ Os seis acórdãos do Tribunal que expomos a seguir demonstram que o Tribunal estabelece um escopo limitado de aplicação da objeção de consciência parental no ambiente escolar. Nesse sentido, o Tribunal só entendeu que houve violação da Convenção em um dos seis processos. Os quatro primeiros acórdãos tratam da objeção de consciência dos pais nas escolas; os outros dois se relacionam com a questão do ensino domiciliar (*homeschooling*).

a. **Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca**

O processo **Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca**, de 7 de dezembro de 1976, teve como autores três grupos de pais que se opuseram a que seus filhos frequentassem o curso obrigatório de educação sexual exigido pela base curricular dinamarquesa.¹⁶ Todos eles solicitaram que seus filhos fossem dispensados de cursar essa disciplina porque seu conteúdo era contrário às suas convicções religiosas e morais. As demandas foram rejeitadas pelas autoridades de educação e tribunais nacionais. Os pais alegaram perante o Tribunal de Estrasburgo que o art. 2º do Protocolo n. 1 e os artigos 8º, 9º e 14º da Convenção haviam sido violados.

15 Para mais informações sobre a relação entre pais e filhos na jurisprudência do TEDH, ver Gouttenoire, A. (2008). *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. **Informations sociales**, 149(5), 40-51. <https://doi.org/10.3917/inso.149.0040>

16 Ver Martínez-Torrón, J. (2001). *Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. In **Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado** (pp. 143–162). Universidad del País Vasco.

O Tribunal de Estrasburgo salientou, nesse importante julgamento, que a legislação dinamarquesa seguia o conselho de especialistas em relação à educação de crianças sobre a vida sexual. Embora os cursos possam avançar sobre certas questões relacionadas à moralidade e à religião, elas são de natureza muito geral e não excedem os limites do que um Estado democrático pode conceber como de interesse público. Por conseguinte, o Tribunal considerou que a legislação em questão não infringiu, por si só, as convicções religiosas e filosóficas dos autores da ação. Concluiu que não houve violação da Convenção ou do Protocolo n. 1.

Nesse sentido, com sua opinião, o Tribunal Europeu consolidou para as escolas públicas uma interpretação muito restritiva do art. 2º do Protocolo n. 1, “segundo o qual a Convenção não exige necessariamente uma acomodação plena às crenças dos pais, mas apenas proíbe o Estado de ter como objetivo a *doutrinação* na organização do sistema educacional”.¹⁷

17 Cf. Martínez-Torrón, J. (1993). Anuario de derecho eclesiástico del Estado. **Anuario de derecho eclesiástico del Estado**, 53–88.

b. Campbell e Cosans vs. Reino Unido

O processo **Campbell e Cosans vs. Reino Unido**, de 25 de fevereiro de 1982, refere-se à objeção de consciência dos pais à punição corporal de seus filhos como medida disciplinar nas escolas estaduais que frequentavam na Escócia.¹⁸ Na ocasião, os recorrentes alegaram violação dos artigos 2º (direito à vida) e 3º (proibição de tratamento desumano e degradante) da CEDH e do art. 2º do Protocolo n. 1. Uma das crianças afetadas foi expulsa da escola depois de se recusar a receber punição corporal por voltar para casa por um caminho proibido. O Tribunal de Estrasburgo considerou, nessa ocasião, que, em relação aos pais, a segunda frase do art. 2º do Protocolo n. 1 havia sido violada e, em relação a uma das crianças, considerou que havia sido violada a primeira frase da mesma disposição.

No acórdão, “o TEDH faz uma interpretação interessante da expressão ‘convicções filosóficas’, esclarecendo que esse conceito se aplica à opinião que alcança um certo nível de força, seriedade, coerência e importância. [...]. O Tribunal considera o pluralismo de crenças e convicções existentes em uma sociedade e, em particular, no que diz respeito à esfera educacional, a necessidade de um pluralismo educacional que deve ser realizado através da educação pública.

18 Ver Cranmer, F. (2012). Beating People is Wrong: Campbell and Cosans, Williamson and their Aftermath. In M. Hunter-Henin (Org.), **Law, Religious Freedoms and Education in Europe** (pp. 283-301). Routledge; de la Torre López, J. M. (2022). La expulsión de estudiantes y el derecho a la instrucción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Educación y Derecho**, (1 Extraordinario), 96-116. <https://doi.org/10.1344/REYD2021.1EXT.37694>

De fato, o Tribunal considerou que as opiniões das autoras do processo se enquadravam no âmbito dessa definição, uma vez que se referiam a aspectos graves e importantes da vida e conduta humana, como a integridade da pessoa, a possível legalidade da imposição de sanções corporais e o desaparecimento da angústia produzida pela probabilidade de receber esse tipo de tratamento”.¹⁹

c. **Folgerø vs. Noruega**

Na Noruega, antes da reforma de 1997, os pais podiam solicitar que seus filhos fossem dispensados do curso de cristianismo exigido pelo currículo escolar. Desde a lei de 1998, o novo curso planejado pelas autoridades educacionais visava ensinar conjuntamente o cristianismo e outras religiões e filosofias, a fim de estabelecer um ambiente escolar aberto, que recebesse todos os alunos. Como resultado da reforma do conteúdo da disciplina, a dispensa desse curso só foi permitida parcialmente. No entanto, apesar das mudanças introduzidas, o ensino do cristianismo permaneceu predominante.

Perante o Tribunal de Estrasburgo, os demandantes alegaram que essa isenção parcial infringiu o art. 9º da CEDH e o art. 2º do Protocolo n. 1. Em 2006, a câmara para a qual o caso havia sido atribuído delegou conhecimento do processo à jurisdição da Grande Câmara, a última instância do Tribunal Europeu.

19 Ver García-Antón Palacios, E. (2018). **La objeción de conciencia a determinados contenidos docentes: un estudio de derecho comparado (Estados Unidos, Canadá, España y Jurisprudencia de Estrasburgo)** [Tese de doutorado não publicada] (pp. 398–399). Universidad Complutense de Madrid.

Em seu acórdão,²⁰ a Grande Câmara concordou com os autores do processo, considerando que “o mecanismo de dispensa parcial poderia sujeitar os pais afetados a um fardo pesado e a um risco de exposição indevida de suas vidas privadas, e que eles provavelmente seriam dissuadidos de solicitar tais dispensas por causa do conflito que estava se formando. [...] Isso dificilmente pode ser considerado compatível com o direito dos pais em relação às suas crenças, conforme o art. 2º do Protocolo n. 1, interpretado à luz dos artigos 8º e 9º da Convenção”.²¹ O Tribunal considerou que o Estado “não teve o cuidado suficiente para garantir que as informações e conhecimentos contidos no programa desse curso fossem disseminados de forma objetiva, crítica e pluralista, de forma a atender aos requisitos do art. 2º do Protocolo n. 1. Por conseguinte, o Tribunal conclui que a recusa em conceder aos demandantes a dispensa total da aula de religião para seus filhos violou essa disposição”.²²

d. Osmanoglu e Kocabas vs. Suíça

O processo **Osmanoglu e Kocabas vs. Suíça**, de 10 de janeiro de 2017, aborda o caso de pais muçulmanos que haviam solicitado, por motivos religiosos, uma dispensa de aulas mistas obrigatórias de natação para suas filhas no Ensino Fundamental. As autoridades suíças negaram-lhes a

20 Também podemos mencionar o processo **Hasan e Eylem Zengin vs. Turquia**, 9 out. 2007, no qual o TEDH também se pronunciou a favor dos demandantes. Esse processo refere-se à possibilidade de que as crianças sejam dispensadas da aula de ensino religioso para acomodar crenças alevitas dos pais em uma escola pública turca.

21 **Folgerø vs. Noruega** [GC], 29 jun. 2007, § 100.

22 *Ibid.*, § 102.

dispensa e impuseram uma multa por se recusarem a permitir que suas filhas participassem da aula de natação.

Perante o Tribunal de Estrasburgo, os autores do processo alegaram apenas a violação do art. 9º da CEDH, pois a Suíça não ratificou o Protocolo n. 1. No entanto, o Tribunal considerou “útil recordar os princípios relevantes aplicáveis nos termos do art. 2º do Protocolo n. 1, uma vez que a Convenção deve ser lida como um todo e que essa última disposição constitui, pelo menos no que diz respeito à sua segunda sentença, a *lex specialis* (lei especial²³) em relação ao art. 9º no campo da educação e do ensino, que é o tema do presente caso”.²⁴

Em seguida, aplicando seu raciocínio clássico, o Tribunal identifica uma interferência no art. 9º da CEDH que estava prevista em lei, com finalidades legítimas (a integração das crianças, o desenvolvimento adequado da educação, o ensino obrigatório e a igualdade de gênero) e necessária em uma sociedade democrática, concluindo que não houve violação do art. 9º da CEDH. Mais especificamente, o acórdão afirma que, além das aulas mistas de natação, os autores não alegam qualquer outra violação de suas convicções religiosas. O Tribunal considerou que os pais dispuseram de um procedimento acessível que os permitia examinar o mérito de seu pedido de dispensa nos termos do art. 9º da CEDH examinado. Ao colocar a obrigação das crianças de frequentar a escola em sua totalidade e sua integração satisfatória

23 N.T. *Lex specialis derogat generali*: princípio da especialidade, segundo o qual, quando há duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda.

24 **Osmanoğlu e Kocabaş vs. Suíça**, 10 jan. 2017, § 90.

acima do interesse privado dos demandantes de que suas filhas fossem dispensadas das aulas mistas de natação por motivos religiosos, as autoridades nacionais não excederam sua discricionarietàade.

É particularmente interessante notar que, nessa decisão, o Tribunal considera a igualdade entre homens e mulheres um objetivo legítmo para justificar a interferência na liberdade religiosa. O contrário ocorreu no julgamento do processo **S.A.S. vs. França**, sobre a proibição do véu integral, que cobre o rosto por completo. Nesse caso, o Tribunal considerou que “um Estado não poderia invocar a igualdade de gênero para proibir uma prática que as mulheres – como a demandante – reivindicavam no exercício dos direitos consagrados nessas disposições, a menos que se presuma que os indivíduos possam ser protegidos do exercício de seus próprios direitos e liberdades fundamentais”.²⁵ Vale lembrar que, em **S.A.S.**, o Tribunal Europeu validou a proibição do uso do véu integral no espaço público, com base na razão legítma de convivência (*vivre ensemble*), que constituiria uma proteção dos direitos e liberdades de terceiros. O acórdão foi proferido com uma maioria muito pequena da Grande Câmara e várias opiniões

25 **S. A. S. vs. França** [GC], 1 jul. 2014, § 119: “La Cour estime en revanche qu’un État partie ne saurait invoquer l’égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l’exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l’on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l’exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux”.

dissidentes. O julgamento também foi objeto de inúmeras críticas, que remetemos ao leitor.²⁶

e. **Konrad vs. Alemanha e Wunderlich vs. Alemanha**

O processo **Wunderlich vs. Alemanha**, de 10 de janeiro de 2019, assim como o processo **Konrad vs. Alemanha**, de 11 de setembro de 2006, tratam da questão do ensino domiciliar ou *homeschooling*. É importante lembrar que a Alemanha e a Turquia são os dois únicos países do Conselho da Europa que proíbem estritamente o ensino domiciliar.²⁷

No acórdão de **Konrad**, o Tribunal declarou inadmissível o apelo dos pais, que se queixavam que as autoridades alemãs os impediam de educar em casa seus filhos, em idade escolar primária, por motivos religiosos. Segundo o Tribunal, a escola não apenas transmite conhecimento, mas promove

26 Ver, entre outros, Renuart, N. (2014). Brevet de conventionnalité pour l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. Commentaire de l'arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire S.A.S. contre France (1er juillet 2014). **Chroniques de Droit Public**, (3), 440-450; Ouald Chaib, S. (2014). Grote Kamer EHRM velt arrest over boerkaverbod [Grande Câmara do TEDH emite julgamento sobre a proibição da burca]. **Tijdschrift voor Mensenrechten** [Revista de Direitos Humanos], (3), 15-16. <http://hdl.handle.net/1854/LU-5722143>; Ruet, C. (2014). L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre. **La Revue des droits de l'homme** [online], **Actualités Droits-Libertés**. <https://doi.org/10.4000/revdh.862>; e García Ruiz, Y. (2015). Convivencia y símbolos religiosos en Europa tras la sentencia "SAS c. Francia" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista General de Derecho Europeo**, (35).

27 Ver Valero-Estarellas, M. J. (2014). *Homeschooling* en Europa. In I. M. Briones Martínez (Org.), **Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia** (pp. 279 e 280). Dykinson.

a “integração na sociedade e as primeiras experiências”²⁸ e os pais permanecem livres para educar seus filhos fora do horário escolar e nos finais de semana.

O processo **Wunderlich** é mais sensível, devido a seu impacto sobre o poder familiar sobre os menores envolvidos. Os autores viveram por vários anos em diferentes países europeus e queriam continuar a educar seus quatro filhos em casa quando retornassem à Alemanha. Como a lei alemã proíbe o ensino domiciliar desde 1918, eles solicitaram uma reunião com a autoridade escolar para obter sua anuência. A Secretaria de Assistência Familiar imediatamente entrou com uma ação contra os pais por colocarem as crianças em risco. A corte alemã retirou sua autoridade parental. Para evitar que fugissem para a França, as autoridades alemãs apareceram na casa da família e levaram as crianças para um lar adotivo. Os pais só recuperaram a autoridade parental após três anos de processo e foram totalmente separados de seus filhos por quase um mês. Esses fatos deram origem ao recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos por suposta violação da vida familiar protegida pelo art. 8º da CEDH e pelo art. 2º do Protocolo n. 1.

O Tribunal, nessa ocasião, concordou novamente com o Estado alemão. Segundo o Tribunal de Estrasburgo, a medida adotada perseguiu os objetivos legítimos de “proteção da saúde e da moral” e “dos direitos de terceiros”.²⁹ A proporcionalidade da interferência é justificada pelo critério do “melhor interesse da criança que, dependendo de sua natureza

28 **Konrad vs. Alemanha** (dec.), 11 set. 2006.

29 **Wunderlich vs. Alemanha**, 10 jan. 2019, § 45.

e gravidade, pode prevalecer sobre o dos pais”.³⁰ O Tribunal destaca a ampla discricionariedade dos Estados quando se trata de cuidados infantis. Afirma, como na decisão em **Konrad**, a necessidade de integrar as crianças à sociedade e evitar “o surgimento de sociedades paralelas, considerações coerentes com a própria jurisprudência do Tribunal sobre a importância do pluralismo para a democracia e que se enquadram na discricionariedade dos Estados-membros ao estabelecer e interpretar as regras de seus sistemas educacionais”.³¹

Com essas duas sentenças, o Tribunal de Estrasburgo reforça o peso do princípio da precaução, que deve orientar os serviços responsáveis pelos interesses das crianças.³²

II.II DIVÓRCIO E LIBERDADE RELIGIOSA: **HOFFMANN VS. ÁUSTRIA**

Na década de 1990, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu um caso particularmente importante sobre as consequências do divórcio sobre a guarda de crianças menores, quando estão envolvidas questões relacionadas ao direito à liberdade religiosa. O processo **Hoffmann vs. Áustria**, de 23 de junho de 1993, envolve cônjuges que eram inicialmente católicos. Após obter o divórcio e ficar com a guarda dos filhos, a mãe decidiu abandonar a fé católica e

30 *Ibid.*, § 46.

31 *Ibid.*, § 50.

32 Cf. Gonzalez, G. (2021). Droit à l’instruction et respect des convictions religieuses au sens de la CEDH : développements récents. **Revue du droit des religions**, (11), 193–198.

se converter às Testemunhas de Jeová. Como consequência de sua conversão, surgiu uma disputa na qual o pai solicitou a guarda das crianças por periculosidade da nova religião da mãe. Era motivo de especial preocupação, em sua opinião, a rejeição das Testemunhas de Jeová às transfusões de sangue.

Na Áustria, o ensino religioso de crianças é regido por uma lei federal de 1985 (**Religiöse Kinderziehung**), que afirma que “os pais decidem conjuntamente sobre a educação religiosa de uma criança na medida em que têm direitos de custódia e educação. Esse acordo é revogável a qualquer momento e termina com a morte de um deles. [...] Durante toda a duração do casamento, nenhum dos pais pode decidir, sem o consentimento do outro, que a criança seja educada em uma confissão diferente daquela que era comum a eles no momento do casamento, ou em que foi educada até agora, ou que deixe de frequentar aulas de religião. Na ausência de tal consentimento, pode-se solicitar a mediação ou decisão do tribunal tutelar”.³³

De acordo com a Suprema Corte austríaca, como os filhos do casamento, até então, não pertenciam às Testemunhas de Jeová, sua educação de acordo com os princípios dessa confissão violava a lei de 1985 e os tribunais inferiores teriam negligenciado os interesses das crianças. O pedido a favor do pai foi resolvido e a custódia foi concedida pelo duplo motivo do risco de marginalização das crianças se elas fossem educadas de acordo com os preceitos das Testemunhas de Jeová e por causa do perigo de que a mãe se recusasse a permitir transfusões de sangue, se necessário.

33 **Hoffmann vs. Áustria**, 23 jun. 1993, § 23.

Em um relatório de 1990, a Comissão considerou que o art. 8º da CEDH, em conjunto com o art. 14º da CEDH, e o art. 2º do Protocolo n. 1, haviam sido violados. A Comissão não viu razão para analisar separadamente a violação do art. 9º da CEDH, que também considerou ter sido infringido.

Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu a favor da mãe, constatando que as autoridades austríacas haviam se envolvido em tratamento diferenciado entre os pais com base na religião, o que era contrário à Convenção. O acórdão considerou que o objetivo perseguido pela decisão dos tribunais nacionais era legítimo, ou seja, “proteger a saúde e os direitos das crianças”. Quanto à relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo perseguido, o Tribunal se referiu ao art. 5º do Protocolo Adicional n. 7, que consagra a igualdade dos cônjuges, ao mesmo tempo em que dá preferência aos interesses da criança. Segundo o Tribunal, “na medida em que a Suprema Corte austríaca não se baseou apenas na referida Lei Federal, avaliou os fatos de forma diferente dos tribunais inferiores que, em sua motivação, também se baseavam em perícia psicológica. Apesar de qualquer argumento possível em contrário, uma distinção ditada essencialmente por considerações religiosas não deve ser tolerada”.³⁴ Nesse sentido, conclui-se que não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo perseguido e que houve uma violação do art. 8º da CEDH, em conjunto com o art. 14 da CEDH e do art. 9º da CEDH, tanto isoladamente quanto em conjunto com o art. 14 da CEDH.

34 Ibid., § 36.

A decisão em **Hoffmann** reconhece o “direito dos pais à educação de seus filhos nas ideias e crenças e, portanto, valores que considerem apropriados, como a correlação lógica da liberdade de educação e suas derivações, ou seja, a liberdade de escolha do centro educacional e a liberdade de educar as crianças de acordo com os valores dos pais”.³⁵ Nesse sentido, “as ideias e crenças têm a mesma consideração e respeito, desde que não excedam os limites criminais previstos em qualquer país. O oposto é um ato deliberado de discriminação que, nesse caso, também assume ares de agressão contra uma minoria religiosa, uma vez que o argumento da Suprema Corte austríaca é nada menos que a avaliação questionável de que forçar menores a praticar um culto socialmente minoritário seria quase equivalente à exclusão social”.³⁶

II.III OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A CASAS HOMOSSEXUAIS: EWEIDA VS. REINO UNIDO

Em **Eweida vs. Reino Unido**, o Tribunal teve a oportunidade de pronunciar-se, entre outros temas, sobre a objeção de consciência por um funcionário público à prestação de serviços a um casal homossexual. A decisão em **Eweida**

35 Cf. López de Goicoechea Zabala, F. J. (2011). Educación y valores en el marco europeo (Del asunto Hoffmann c. Austria al asunto Lautsi c. Italia). **Revista europea de derechos fundamentales**, 221-244.

36 Ibid., p. 238.

resolveu quatro queixas distintas,³⁷ que foram tratadas pelos tribunais britânicos em relação ao cumprimento dos artigos 9º e 14 da CEDH.

Especificamente, uma das autoras chamava-se Lillian Ladele, que trabalhava como oficial de registro civil no distrito de Islington. Ladele é cristã e, de acordo com sua visão ortodoxa da religião, o casamento é a união de um homem e uma mulher para toda a vida, e acredita de maneira sincera que as uniões civis homossexuais são contrárias à lei de Deus. Ladele, inicialmente informalmente isenta de registrar uniões entre pessoas do mesmo sexo, acabou sendo forçada a fazê-lo. Ao se recusar, ela foi demitida. Ela levou seu caso aos tribunais nacionais, alegando que seu direito à liberdade religiosa havia sido violado, mas seu recurso foi rejeitado e ela acabou levantando sua queixa ao Tribunal de Estrasburgo. Ladele considerou que havia sido vítima de uma violação dos artigos 9º (liberdade religiosa) e 14 (igualdade e não discriminação) da CEDH.

Em seu raciocínio, o Tribunal observou que, dada a força das convicções da demandante, não havia outra saída que não se expor a ações disciplinares e, em vez de ser designada para o registro de uniões civis, acabou sendo demitida. Segundo o Tribunal, a política da autoridade local era reconhecer os

37 Em relação a esse processo, ver Mathieu, C., Gutwirth, S., & De Hert, P. (2013). La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires Lautsi, Eweida et Chaplin / The Crucifix and the Judges of the European Court of Human Rights: lessons from the Lautsi, Eweida and Chaplin Cases. *Journal européen des droits de l'homme / European Journal of Human Rights*, (2), pp. 238-268.

direitos de terceiros, também protegidos pela Convenção.³⁸ Nesse caso, o objetivo era proteger os direitos dos casais do mesmo sexo. O Tribunal deixa às autoridades nacionais uma ampla margem de apreciação ao pesar os direitos da Convenção em conflito, como também veremos em **Evans vs. Reino Unido** no que diz respeito à fertilização *in vitro*.³⁹ O Tribunal concluiu que as autoridades inglesas não tinham excedido sua discricionariedade e que os artigos 8º e 14 da CEDH não haviam sido violados.⁴⁰

Nesse sentido, o caso **Ladele** pode ser entendido como uma conciliação de direitos em favor do princípio da não discriminação e em detrimento da liberdade religiosa.⁴¹

38 **Eweida vs. Reino Unido**, 15 jan. 2013, § 106.

39 **Evans vs. Reino Unido**. Ver nota 3 acima e seção 3.2.

40 O TEDH chegou à mesma conclusão em outros dois dos quatro casos. Só encontrou uma violação no caso da Sra. Eweida, que, enquanto funcionária da British Airways na qualidade de comissária de bordo, era obrigada a usar uniforme e a esconder quaisquer símbolos religiosos (em seu caso, a cruz que ela usava ao redor do pescoço). Ela decidiu colocá-lo sobre seu uniforme e foi demitida. Embora o TEDH tenha considerado que a preservação da imagem da empresa era um objetivo legítimo, entendeu que os tribunais nacionais haviam colocado muita ênfase nisso, especialmente considerando que a companhia aérea havia posteriormente relaxado seu código de vestimenta.

41 Ver Tissier-Raffin, M. (2014). Les actes motivés par une doctrine religieuse face à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. **La Revue des droits de l'homme** [online], **Actualités Droits-Libertés**. <https://doi.org/10.4000/revdh.837>

II.IV DIREITO À VIDA FAMILIAR E AUTONOMIA DAS CONFISSÕES RELIGIOSAS

Várias decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tratam do conflito entre a autonomia das confissões religiosas e outro direito fundamental. Embora o art. 9º da CEDH não consagre expressamente o direito à autonomia das comunidades religiosas, o Tribunal considera-o parte integrante dele.⁴² Mais precisamente, quando se trata da autonomia das organizações religiosas, o Tribunal Europeu considera que elas existem tradicional e universalmente sob a forma de estruturas organizadas. Quando a organização da comunidade religiosa é questionada, o art. 9º da CEDH, deve ser interpretado à luz do art. 11 da CEDH, que protege a vida associativa de qualquer interferência injustificada do Estado.⁴³

Quanto ao conflito que pode surgir entre o direito ao respeito à vida familiar e à autonomia das confissões religiosas, quatro processos do Tribunal de Estrasburgo oferecem reflexões importantes: **Obst vs. Alemanha**, **Schüth vs. Alemanha**, **Siebenhaar vs. Alemanha** e **Fernandez Martínez vs. Espanha**.

a. **Obst vs. Alemanha e Schüth vs. Alemanha**

Os dois primeiros acórdãos que são objeto de análise nesta seção devem ser lidos em conjunto: **Obst vs. Alemanha** e **Schüth vs. Alemanha**, ambos proferidos pelo Tribunal

42 Ver a extensa obra de Schouppe, J.-P. (2014). **La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme**. Pédonne.

43 **Fernandez Martínez vs. Espanha** [GC], 12 jun. 2014, § 127. Ver Valero-Estellas, M. J. (2022). **Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo** (pp. 119 ss.). Tirant lo Blanch.

Europeu em 23 de setembro de 2010, mas com conclusões opostas.⁴⁴ O Sr. Obst cresceu na Igreja Mórmon, onde trabalhou como diretor de relações públicas para a Europa. Quando confidenciou ao seu superior que seu casamento estava em crise e que ele tinha relações com outra mulher, ele foi demitido sem aviso prévio. O Sr. Schüth era organista e diretor do coral em uma paróquia católica alemã. Em 1994, ele se separou de sua esposa, mãe de seus dois filhos, e teve uma nova parceira, com quem teria um novo filho. Ao saber de sua situação de coabitação, a paróquia que o empregou demitiu-o sob a alegação de que ele havia violado as obrigações de lealdade dos regulamentos básicos da Igreja Católica para o serviço eclesiástico, que consagra os laços indissolúveis do casamento. Após a demissão, sua esposa pediu o divórcio, que foi concedido em 1998.

No caso **Obst**, o Tribunal concluiu que não foi encontrada violação do art. 8º da CEDH, pois a natureza peculiar das exigências de trabalho impostas ao demandante decorria do fato de terem sido estabelecidas por um empregador cuja ética é baseada em religião ou crença. A esse respeito, as obrigações de lealdade impostas ao requerente eram aceitáveis, na medida em que se destinavam a preservar a credibilidade da Igreja Mórmon. Neste julgamento, o Tribunal deu prioridade à autonomia das comunidades religiosas sobre o direito ao respeito à vida familiar.

Em sentido contrário, em **Schüth**, o Tribunal verificou que houve uma violação do art. 8º da CEDH, tendo em vista que

44 Sobre esses dois casos, ver Cranmer, F. (2011). Employment rights and church discipline: Obst and Schüth. **Ecclesiastical Law Journal**, 208–215.

os tribunais nacionais não tinham justificado suficientemente o equilíbrio de interesses. De acordo com os magistrados de Estrasburgo, uma vez que o requerente foi demitido de uma das duas principais igrejas do país, e frequentá-la era um requisito para o emprego, ele se viu em uma situação particularmente difícil para conseguir encontrar um novo emprego.

Com esses dois julgamentos contrastantes, e com resultados contraditórios, apesar da semelhança essencial dos fatos que motivaram as ações judiciais, observa-se que o Tribunal Europeu concede maior prerrogativas ao empregador cuja ética se baseia na religião ou crença,⁴⁵ bem como uma maior margem de apreciação aos Estados nessa matéria. Essa liberdade dos Estados não é ilimitada, mas o Tribunal de Estrasburgo exerce um controle mínimo nesse contexto.⁴⁶ Os juízes também dão importância ao fato de que o processo **Obst** tornou-se de conhecimento público, o que não foi o caso do processo **Schüth**. No entanto, essas duas decisões ainda são surpreendentes, uma vez que fatos muito semelhantes levaram a soluções diametralmente opostas (e adotadas por unanimidade), embora possamos supor que o Tribunal considerou que obrigações morais mais rigorosas poderiam ser esperadas de um diretor de relações públicas do que de um organista. Isso confirma que a jurisprudência do Tribunal, por uma questão de litígio subjetivo, sempre opera caso a caso e, portanto, tem suas limitações.

45 **Obst vs. Alemanha**, 23 set. 2010, § 46.

46 Ver Hervieu, N. (2011). Licenciement par une Eglise du fait de l'appartenance du salarié à un autre mouvement religieux. **La Revue des droits de l'homme** [online], **Actualités Droits-Libertés**. <https://doi.org/10.4000/revdh.3733>

b. Siebenhaar vs. Alemanha

O terceiro julgamento é muito semelhante às duas decisões discutidas na seção anterior. O processo **Siebenhaar vs. Alemanha**, datado de 3 de fevereiro de 2011, chegou ao Tribunal como resultado da queixa de uma mulher que começou a trabalhar como educadora e depois na gestão de um berçário administrado por uma paróquia protestante. Ela foi demitida depois que a Igreja foi informada de que sua funcionária era membro de uma comunidade religiosa chamada Igreja Universal/Fraternidade da Humanidade e que ela dava cursos de iniciação em seu nome. Nesse caso, o Tribunal também concluiu que não houve violação do art. 8º da CEDH, na medida em que os tribunais alemães consideraram que a Igreja poderia exigir que seus trabalhadores se abstivessem de atividades que colocassem em dúvida sua lealdade.

Em relação aos julgamentos dos processos **Obst, Schüth e Siebenhaar**,⁴⁷ deve-se notar que o sistema alemão é muito propício a conflitos entre a autonomia das confissões religiosas e a demissão de trabalhadores por motivos relacionados a sua vida privada, uma vez que as igrejas desse país têm o status de pessoas jurídicas sob o direito público e empregam muitos trabalhadores em setores tão difundidos quanto saúde, educação e assistência social.⁴⁸

47 Sobre esses acórdãos, ver Ruet, C. (2012). Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 507-530.

48 Ver Yernaux, A. (2014). **Les convictions du travailleurs et l'entreprise: du dilemme entre vie professionnelle et éthique personnelle** (p. 94). Kluwer.

c. Fernandez Martínez vs. Espanha

O quarto processo — bastante famoso e comentado⁴⁹ — é o **Fernandez Martínez vs. Espanha**, de 15 de maio de 2012, que aborda o direito à autonomia das comunidades religiosas frente ao direito ao respeito à vida privada e familiar de um padre secularizado, casado e pai de cinco filhos. Depois de sua condição irregular de padre casado ter se tornado pública, o Sr. Fernández foi demitido de seu cargo de professor de religião em uma escola pública, por uma decisão

49 Não é possível citar exaustivamente os inúmeros comentários sobre esse processo. Para efeito meramente de exemplo, ver os trabalhos de Martínez-Torrón, J. (2017). La autonomía religiosa y la vida privada de los profesores de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo: el caso Fernández Martínez. In M. Moreno Antón (Org.), **Sociedad, derecho y factor religioso: estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez** (pp. 374-390). Comares; Smet, S. (2012). Fernández Martínez v. Spain: Towards a “ministerial exception” for Europe? **Strasbourg Observers**. <https://strasbourgobservers.com/2012/05/24/fernandez-martinez-v-spain-towards-a-ministerial-exception-in-europe/>; Valero-Estarellas, M. J. (2014). Autonomía institucional de las confesiones religiosas y derecho al respeto de la vida privada y familiar en Estrasburgo: la sentencia de la Gran Sala del TEDH Fernández Martínez c España. **Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado**, (36); Paúl Díaz, A. (2016). Fernández Martínez contra España Caso sobre neutralidad religiosa con implicancias para Chile y el sistema interamericano. **Revista de derecho**, 269–287; Gonzalez, G. (2018). Consolidation du principe d'autonomie des Églises en droit européen des droits de l'homme. **Revue du droit des religions**, (5), 175–180. <https://doi.org/10.4000/rdr.400>; Overbeeke, A. (2014). Het recht op bescherming van het privéleven van godsdienstleraren met dissidente opvattingen – de zaak Fernández Martínez / Spanje [O direito à privacidade de professores religiosos com opiniões dissidentes – o caso Fernández Martínez / Espanha]. *Recht, Religie en Samenleving* [Direito, religião e sociedade], (2), 47–71.

do bispo vinculado às autoridades educacionais.⁵⁰ O motivo alegado para a demissão foi o “escândalo” — de acordo com a concepção canônica desse termo — que havia causado sua aparição em uma foto com sua esposa e cinco filhos em um jornal local. Além disso, no artigo que acompanhou a foto, ele foi identificado como membro do movimento pró-celibato opcional para padres e autor de uma série de manifestações contrárias à doutrina e magistério da Igreja Católica.

Em sua análise do caso, a Grande Câmara do Tribunal apontou que “do lado de fora, o autor ainda poderia ser considerado um representante da Igreja Católica, uma vez que continuou a difundir a religião católica”,⁵¹ o que assimilava sua situação à de um trabalho clerical, mesmo que a dispensa do celibato concedida pelo Papa significasse o fim das “obrigações inerentes à ‘condição’ clerical”.⁵² Ao contrário do acórdão da Câmara, “a Grande Câmara não entende que a responsabilidade do Estado espanhol derive de sua obrigação positiva de adotar medidas que protejam o art. 8º da Convenção no campo das relações entre os indivíduos, mas do fato de que, como empregador do demandante, foi diretamente responsável pela execução da decisão eclesial de não renovação”.⁵³ Seguindo seu raciocínio clássico, a Grande Câmara identifica uma interferência no art. 8º da

50 Para uma explicação detalhada do sistema de contratação de professores religiosos em escolas públicas espanholas, ver Palomino Lozano, R. (2017). Profesores de religión en la escuela pública: autonomía de los grupos religiosos y neutralidad del estado. In M. Moreno Antón (Org.), op. cit. nota 47; e Valero-Estarellas, op. cit. nota 41, pp. 153–156.

51 **Fernandez Martinez vs. Espanha**, 15 maio 2012, § 134.

52 *Ibid.*, § 16.

53 Ver Valero-Estarellas, op. cit. nota 47.

CEDH que estava prevista em lei, com finalidade legítima e necessária em uma sociedade democrática.

Uma das dificuldades decorre do fato de que o padre havia pedido dispensa do celibato em 1984, casado em 1985, e não havendo sido dispensado do celibato até 1997, quando seu contrato como professor de religião católica em uma escola pública não foi renovado após sua aparição na imprensa com sua família em 1996. Talvez a decisão teria sido diferente caso ele tivesse aparecido no jornal depois que a renúncia do celibato lhe houvesse sido concedida. No entanto, não há nada no acórdão do Tribunal de Estrasburgo que determine ou aponte para isso.

De qualquer forma, a decisão em **Fernandez Martínez** é muito delicada porque foi adotada com uma maioria muito pequena, de 9 dos 17 juízes, e com nada menos que quatro opiniões dissidentes. Como escreveu um dos juízes dissidentes, a Grande Câmara ficou praticamente dividida em duas metades. Todos os juízes — a maioria e a minoria — argumentaram com base na proporcionalidade, mas chegaram a conclusões diferentes.⁵⁴

Esse julgamento mostra como é difícil equilibrar os interesses envolvidos quando está em jogo, por um lado, a autonomia das comunidades religiosas e, por outro, a proteção da vida privada e familiar, cuja publicidade pode resultar na perda de emprego para o interessado. Esse processo é ainda mais complexo porque coloca no centro do debate um problema perene da adoração católica: o celibato dos padres.

54 Opinião dissidente do juiz Dedov em **Fernández Martínez** [GC].

III. DIREITOS REPRODUTIVOS, VIDA PRIVADA E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Seguindo o exemplo da maioria dos textos internacionais de direitos humanos, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos não se refere, em nenhum de seus artigos, à saúde sexual, à autonomia reprodutiva ou aos direitos reprodutivos. No entanto, em muitas ocasiões, o Tribunal de Estrasburgo teve de intervir para resolver conflitos de direitos nos quais essas categorias jurídicas estavam envolvidas.⁵⁵ O Tribunal decidiu esses casos com base em uma interpretação extensiva do art. 8º da CEDH, principalmente em sua inclinação à proteção do direito à vida privada.

De acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, o conceito de vida privada se estende a tudo o que molda a identidade física e social do indivíduo, incluindo o direito à autonomia e ao desenvolvimento pessoal, a estabelecer relações com o mundo exterior e com outros seres humanos, tanto no plano físico quanto emocional, e a desenvolver a sexualidade sem interferência indevida.⁵⁶ Também inclui identidade de gênero, orientação sexual e a decisão de ter ou não filhos, biológicos ou não.⁵⁷ Para os juízes do Tribunal, quando o desejo genuíno de se tornar pais faz com que grande parte da vida de duas pessoas seja dedicada à realização desse plano, “a fim de amar e criar uma criança”, o art. 8º da

55 Ver Daniels, O. C. (2022). Reconciling Reproductive Rights: Eugenic Abortion and Home Birth Disputes at the European Court of Human Rights. *Duke Law Journal*, **71**, 1605–1646.

56 **Dudgeon vs. Reino Unido**, 24 fev. 1983, § 41; **Pretty vs. Reino Unido**, 29 abr. 2002, § 61; **Evans vs. Reino Unido** [GC], op. cit. nota 3, § 71.

57 **S.H.** [GC], §§ 80 e 81.

CEDH também está comprometido.⁵⁸ Em contrapartida, o art. 8º da CIDH não reconhece o direito geral ao aborto, nem impõe a obrigação dos Estados de regulá-lo.

Com base na abundante jurisprudência do Tribunal que aborda a noção de vida privada,⁵⁹ nas subseções que compõem esta seção, oferecemos ao leitor uma análise crítica de um conjunto de processos relacionados aos direitos reprodutivos, agrupados em torno dos seguintes temas: aborto; técnicas de inseminação artificial e de reprodução assistida; dignidade do embrião humano e pesquisa científica; esterilização forçada; partos domiciliares; e barriga de aluguel. O denominador comum dessas questões é a alta carga moral, ética e deontológica e sua possível ligação com o exercício de objeções de consciência pelos profissionais da saúde envolvidos.

58 **Paradiso e Campanelli vs. Itália** [GC], 24 jan. 2017, §§ 163-164; e **Nedescu vs. Romênia**, 16 jan. 2018, § 67.

59 Ver outras hipóteses interessantes, como a desenvolvida por Meseguer Velasco, S. (2021). Libertad religiosa, salud pública y vacunación COVID-19. **Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado**, (56); e Cañamares Arribas, S. (2020). A critical review of the case law of the European Court of Human Rights on the right to die with dignity. In J. M. Puyol Montero (Org.), **New challenges for law: Studies on the dignity of human life**. Tirant lo Blanch.

III.I ABORTO E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

Em meados do século 20, quando a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos foi aprovada, o aborto voluntário era ilegal em quase toda a Europa e certas exceções só eram permitidas para casos em que a vida ou a saúde da mãe estivesse seriamente ameaçada pela gravidez. Durante as duas primeiras décadas do século 21, o panorama no velho continente é consideravelmente diferente. Hoje, a interrupção voluntária da gravidez é regulamentada ou descriminalizada em praticamente todos os Estados que compõem o Conselho da Europa, onde tanto o aborto sob demanda quanto o término da gravidez por razões socioeconômicas são cada vez mais difundidos. Apenas um pequeno grupo de países, incluindo Andorra, Liechtenstein, Malta, Mônaco, Polônia e San Marino, ainda tem legislação mais restritiva.

a. Direito à vida do feto

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos interpretou a Convenção no sentido de que o art. 2º da CEDH, que regulamenta o direito à vida, não exclui a proteção da vida intrauterina,⁶⁰ mas que a determinação de quando a existência humana começa para fins legais é prerrogativa exclusiva de cada Estado.⁶¹ Além do reconhecimento de que o embrião e o feto pertencem à raça humana, e que sua capacidade de se tornar uma pessoa exige que ela seja protegida em nome

60 **Vo vs. França**, 8 jul. 2004, § 77.

61 *Ibid.*, § 78.

da dignidade humana,⁶² todas as demais considerações são delegadas à margem de apreciação. Hoje não há consenso legal ou científico na Europa sobre se o feto ou, como veremos mais tarde, o embrião, é uma pessoa para fins de proteção fornecida pela Convenção, por isso cabe a cada Estado definir quais interesses dos não nascidos merecem a tutela, o que, por sua vez, condiciona os interesses correlativos da gestante.

A doutrina de Estrasburgo sobre o direito à vida do feto foi retomada pela Grande Câmara no famoso processo **Vo vs. França**, que analisou a queixa de uma mulher de origem vietnamita a quem a negligência médica havia causado um aborto terapêutico indesejado. A autora da ação submeteu a queixa à jurisdição de Estrasburgo com base no fato de que a lei francesa não atribuía quaisquer consequências criminais ao fato de causar a morte de uma vida intrauterina, mesmo que involuntariamente, equivalendo à falta de proteção do direito à vida. Os juízes da Grande Câmara decidiram contra a autora, pois “o Tribunal ainda não determinou a questão do ‘princípio’ do ‘direito de cada pessoa à vida’ [...] e se o feto é detentor de tal direito”.⁶³

b. Vida privada e aborto na jurisprudência de Estrasburgo

Como observamos acima, nem a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos incorpora expressamente um direito geral ao aborto, nem a doutrina do Tribunal de Estrasburgo

62 Ibid., § 84. O acórdão lembra que nem a **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, de 4 abr. 1997, conhecida como Convenção de Oviedo (ver nota 87 abaixo), define o termo *toda pessoa* referido em seu art. 1º.

63 Ibid., § 75.

o reconhece implicitamente. O que o Tribunal estabeleceu claramente é a conexão entre o término provocado da gravidez e o direito à vida privada protegido pelo art. 8º da CEDH.

Essa conexão foi revelada pela primeira vez em 1976, no processo **Brüggemann e Scheuten vs. Alemanha**.⁶⁴ A Comissão, que foi o órgão encarregado de ouvir o caso, determinou que tanto a gravidez quanto sua interrupção fazem parte do conceito de vida privada, que inclui a vida sexual como parte do direito de cada indivíduo de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos para o desenvolvimento de sua própria personalidade. Tomando essa noção de vida privada como referência, a decisão de 1976 determinou que a regulamentação legal do aborto implica uma intrusão na vida privada da gestante. No entanto, a jurisdição de Estrasburgo teve o cuidado de esclarecer que essa noção de vida privada não implica que a gravidez pertença exclusivamente à esfera da vida privada de uma mulher, uma vez que, quando ela está grávida, sua vida está inevitavelmente ligada à do feto.⁶⁵ De acordo com a doutrina de Estrasburgo, nem toda regulamentação relativa ao término de gravidezes indesejadas pode ser considerada como uma interferência injustificada no direito da mãe em relação à vida privada, nem o art. 8º da CEDH pode ser interpretado como significando que a gravidez, ou sua interrupção, se enquadra na competência exclusiva da gestante.

64 **Brüggemann e Scheuten vs. República Federal da Alemanha**, 19 maio 1976. Ver Martínez-Torrón, J. (1986). El derecho de libertad religiosa en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Eclesiástico**, 403-496.

65 Relatório da Comissão Europeia de Direitos Humanos **Brüggemann e Scheuten vs. República Federal da Alemanha**, de 12 jul. 1977, p. 20.

Como consequência dessa doutrina, para Estrasburgo, qualquer regulamentação sobre o aborto impõe aos Estados um duplo requisito: primeiro, eles têm que pesar todos os interesses concorrentes, incluindo os da mãe e os do feto.⁶⁶ Além disso, eles têm que assumir uma série de obrigações positivas que garantam a saúde e a integridade física e mental da gestante.⁶⁷ Vejamos a seguir como o Tribunal aplicou essa doutrina e como ela foi conectada à sua jurisprudência sobre a margem de apreciação.

Em 2010, no processo **A., B., e C. vs. Irlanda**, a Grande Câmara do Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisou as queixas de três mulheres que haviam escolhido fazer um aborto no Reino Unido por medo de que fossem negadas tal possibilidade em sua Irlanda natal. Em seus respectivos recursos, as três argumentaram que as limitações legais sobre a interrupção voluntária da gravidez, que estavam então em vigor em seu país, eram uma interferência no direito à vida privada protegido pelo art. 8º da CEDH. A câmara mais alta de Estrasburgo encontrou interferência das autoridades irlandesas nesse artigo nos três casos, mas considerou-a injustificada apenas no caso da terceira demandante.

As duas primeiras demandantes decidiram interromper suas respectivas gestações por razões de saúde e/ou bem-estar pessoal, ambas as opções não cobertas pela lei irlandesa então vigente. Com base em uma interpretação ampla do art. 8º da CEDH, a Grande Câmara considerou que a proibição da interrupção da gravidez na Irlanda interferiu no direito das

66 **A, B e C vs. Irlanda** [GC], 16 dez. 2010, § 213.

67 **Tysiãc vs. Polônia**, 20 mar. 2007, § 107.

demandantes à vida privada. No entanto, de acordo com a doutrina da margem de apreciação, os juízes consideraram que as limitações ao aborto equilibravam adequadamente os bens jurídicos conflitantes: por um lado, o direito das demandantes de ter suas vidas privadas respeitadas; por outro, os profundos valores morais do povo irlandês sobre a natureza da vida e a necessidade de proteger os não nascidos. Sem negar que haja de fato um consenso crescente na Europa a favor da ampliação das situações em que o aborto seria permitido, o acórdão não considerou motivos suficientes para limitar a discricionariedade da Irlanda e colocar em questão sua decisão de optar por uma opção mais restritiva.

O Tribunal também vinculou o art. 8º da CEDH e as obrigações positivas que dela derivam para o Estado, com a possibilidade real de as mulheres acessarem procedimentos de aborto legalmente permitidos.⁶⁸ Não se pode esquecer que o propósito da Convenção é garantir direitos reais e efetivos, e não teóricos ou ilusórios. Em particular, desde o processo **Tysiãc vs. Polônia**, o Tribunal tem questionado leis nacionais que, embora permitam o acesso à interrupção voluntária da gravidez sob certas condições, podem ter um efeito dissuasório — *chilling effect* — sobre os profissionais de saúde responsáveis por sua autorização. Uma vez que um Estado decida legalizar o aborto, ele não pode projetar um arcabouço legal que limite *de facto* as possibilidades reais de obtê-lo.⁶⁹ Essa obrigação também se estende à realização

68 Ver nota 65.

69 **Tysiãc**, § 116. Ver, também, **P. e S. vs. Polônia**, 30 out. 2012; e **A, B, e C**, em relação à terceira demandante.

de exames diagnósticos pré-natal destinados à detecção de anormalidades genéticas do feto.⁷⁰

c. **Objeção de consciência ao aborto na jurisprudência de Estrasburgo**

A objeção de consciência ao aborto é definida como “a recusa em realizar práticas abortivas ou cooperar, direta ou indiretamente, para sua realização; ou seja, participar como executor ou colaborador, na prática de abortos legais”, e diz respeito não apenas aos profissionais da saúde, mas também tem sido utilizado “por outros cidadãos em relação a atividades apenas indiretamente relacionadas à realização de abortos”.⁷¹

Como antecipamos na seção anterior, no caso de objeção consciente ao serviço militar, o Tribunal de Estrasburgo mostrou-se relutante em reconhecer um direito geral à objeção de consciência, especialmente no que diz respeito à recusa de certos profissionais de saúde em participar, direta ou indiretamente, de práticas de aborto. Essa posição do Tribunal é surpreendente por duas razões: primeiro, porque as objeções de consciência ao aborto compartilham com a recusa de realizar serviço militar armado a mesma origem axiológica, que é nada menos que um profundo respeito individual pela santidade da vida humana;⁷² segundo, porque a preocupação do Conselho da Europa com a proteção da liberdade de religião e de consciência no campo médico fez

70 **R.R. vs. Polônia**, 26 maio 2011; e **A. K. vs. Letônia**, 24 jun. 2014.

71 Cf. Navarro-Valls & Martínez-Torrón, *op. cit.* nota 9, p. 129.

72 **Pretty**, § 65.

com que sua Assembleia Parlamentar emitisse, em 2010, uma Resolução especificamente dedicada à *objeção de consciência na prática médica legal*.⁷³

A Resolução destaca que, embora a objeção de consciência dos profissionais de saúde seja satisfatoriamente regulamentada na maioria dos países membros do Conselho da Europa, restam duas preocupações: em primeiro lugar, que não se pode derivar nenhuma consequência negativa da decisão de uma pessoa ou instituição de não realizar, acomodar ou auxiliar na prática de um aborto ou qualquer ato que possa causar a morte de um feto ou embrião humano; em segundo lugar, que é importante reafirmar tanto o direito à objeção de consciência do profissional de saúde quanto a obrigação dos Estados de garantir que os cidadãos tenham acesso efetivo a serviços médicos legalmente reconhecidos. A Resolução incentiva os países a equilibrar os interesses dos usuários dos serviços nacionais de saúde e dos profissionais de saúde, convidando-os a desenvolver uma legislação que garanta os direitos de ambas as partes.

Apesar da clareza dessa resolução, o Tribunal de Estrasburgo ainda não tomou o passo de incorporar em sua jurisprudência as preocupações e as aspirações nele contidas. Com a exceção do referido julgamento do processo **Eweida**, quando estas páginas estavam sendo escritas, todas as queixas que chegaram ao Tribunal relacionadas à objeção de consciência ao aborto, direta ou indireta, haviam sido declaradas inadmissíveis. Foi o que aconteceu em 2001, no processo **Pichon e Sajous vs. França**; e em 2020, no

73 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. (2010). Res. 1763, **Direito à objeção de consciência na prática médica legal** (7 out. 2010).

processo **Grimmark e Steen vs. Suécia**.⁷⁴ A declaração de inadmissibilidade implica que o Tribunal não avaliará o mérito dos casos rejeitados.

Em **Pichon e Sajous**, a queixa veio de dois farmacêuticos franceses que geriam uma farmácia em uma pequena cidade perto de Bordeaux. Ambos se opuseram ao fornecimento de drogas contraceptivas em seu estabelecimento, alegando motivos religiosos. O Tribunal de Estrasburgo não admitiu a ação, baseando-se no argumento de que o art. 9º da CEDH não garante que um indivíduo possa sempre se comportar na esfera pública de acordo com suas convicções pessoais. A decisão incorporou uma reflexão no sentido de que, no âmbito de uma atividade jurídica e de uma profissão regulamentada, como a venda de contraceptivos e a gestão de uma farmácia na França, não se pode priorizar as próprias crenças religiosas, nem a impor a terceiros.

Nos processos mais recentes de **Grimmark e Steen**, as autoras eram duas enfermeiras que haviam recebido treinamento específico para trabalhar como parteiras. A ambas foi negada a possibilidade de contratação nessa categoria profissional, depois de expressarem a seus potenciais empregadores uma objeção ao aborto com base em motivos religiosos e éticos. Ambas as decisões do Tribunal foram contrárias às

74 **Pichon e Sajous vs. França** (dec.), 2 out. 2001; e **Grimmark vs. Suécia** (dec.) e **Steen vs. Suécia** (dec.), ambos de 11 fev. 2020. Em relação aos processos contra a Suécia, ver Martínez-Torrón, J. (2020). *Objeción de conciencia al aborto: un paso atrás en la jurisprudencia de Estrasburgo*. In **Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado**, (53), 1-11; e Brzozowski, W. (2021). *The Midwife's Tale: Conscientious Objection to Abortion after Grimmark and Steen*. **Oxford Journal of Law and Religion**, 10(2), pp. 298-316. <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwab016>

demandantes, considerando que a interferência no direito à liberdade de consciência protegida pelo art. 9º da CEDH das senhoras Grimmark e Steen foi justificada e era necessária em uma sociedade democrática: a Suécia oferece acesso ao aborto médico em todo o seu território e, portanto, é obrigada a organizar o sistema nacional de saúde de tal forma que o exercício da liberdade de consciência dos profissionais de saúde não impeça que as mulheres possam abortar.

Embora a relutância do Tribunal em analisar o mérito das alegações relacionadas a objeções de consciência à intervenção direta ou indireta no aborto nos impeça de conhecer em detalhes sua posição sobre a matéria, alguns dos argumentos presentes nas decisões de inadmissibilidade comentadas e, sobretudo, algumas de suas omissões, parecem contradizer em muitos aspectos tanto a doutrina atual do Tribunal em matéria de objeção de consciência ao serviço militar quanto a referida Resolução de 2010.⁷⁵

Em primeiro lugar, há uma interpretação um tanto míope, ou pelo menos parcial, de quais são as obrigações positivas dos Estados em relação à organização de seus sistemas nacionais de saúde quando se trata de proteger os direitos legais e fundamentais de todos os sujeitos envolvidos. Não há como negar que, de fato, os países europeus têm a obrigação positiva de garantir o acesso real e efetivo de seus cidadãos à cesta de medicamentos e serviços de saúde estabelecidos por lei, incluindo, quando apropriado, a pílula do dia seguinte e o aborto; mas não é menos verdade que eles também têm a obrigação positiva de garantir que o direito

75 Ver Valero-Estellas, *op. cit.* nota 12, pp. 29 e 30.

fundamental à liberdade de consciência dos trabalhadores da saúde protegido pela Convenção seja real e eficaz, e não meramente teórico.

Da mesma forma, surpreende a omissão, nas decisões do Tribunal, de referências à doutrina da possível acomodação razoável de crenças religiosas em ambientes de trabalho, uma vez que, no desempenho de suas funções profissionais, os demandantes poderiam muito bem ter sido substituídos por outras pessoas sem que isso prejudicasse o sistema, e a falta de qualquer análise pela qual o Tribunal procurasse apurar se havia opções reais que, garantindo o acesso das mulheres interessadas aos medicamentos e serviços exigidos, não violassem a liberdade de consciência dos demandantes. Não há nada no relato dos casos mencionados que sugira que a recusa de dois farmacêuticos franceses em fornecer produtos potencialmente abortivos, ou de duas parteiras suecas para intervir diretamente nos procedimentos para o término da gravidez, tenha sido de tal magnitude a ponto de colocar em risco todo o sistema de saúde dos dois países réus. Mas o Tribunal nem sequer levanta a possibilidade de que a França e a Suécia tenham qualquer tipo de obrigação de organizar seus serviços públicos de forma a acomodar, de maneira razoável, as objeções de consciência de uma minoria de profissionais, enquanto mantêm a qualidade de atendimento às mulheres que desejem prevenir ou interromper uma gravidez.

III.II INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde seu primeiro *leading case* nessa área, **Evans vs. Reino Unido**, o Tribunal de Estrasburgo reconheceu que o direito à vida privada está presente em casos envolvendo técnicas de reprodução assistida ou procedimentos de inseminação artificial.⁷⁶ A doutrina Estrasburgo reconhece protegido pela Convenção o direito de decidir ter ou não ter filhos, uma decisão que se estende a se eles serão ou não biológicos. Esse direito também dá origem ao poder relacionado de fazer uso de mecanismos de reprodução assistida,⁷⁷ embora o Tribunal tenda a reconhecer aos Estados uma ampla margem de decisão baseada em uma dupla consideração: que esse é um assunto que levanta questões éticas e morais importantes; e que ainda não há consenso europeu suficiente sobre isso.⁷⁸ Essa margem de decisão estende-se tanto à decisão de cada país de legislar sobre a reprodução assistida, quanto a fazê-lo de forma que, na opinião de cada Estado,

76 Ver Farnós Amorós, E. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia. **Revista de Bioética y Derecho**, (36), 93-112; Bomhoff, J., & Zucca, L. (2006). The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*. **European Constitutional Law Review**, 2(3), 424-442; e Hanafin, P. (2016). **Conceiving Life: Reproductive Policies and the Law in Contemporary Italy** (pp. 85 ss.). Routledge.

77 **S.H.** [GC], § 82. Ver Cano Palomares, G. (2017). Right to family life and access to medically assisted procreation in the case law of the European Court of Human Rights. In M. González Pascual, & A. Torres Pérez (Orgs.), **The Right to Family Life in the European Union** (pp. 100 ss.). Routledge.

78 **S.H.** [GC], § 97.

melhor se equilibrem os interesses públicos e privados em conflito na reprodução humana com intervenção médica.⁷⁹ Por exemplo, os magistrados de Estrasburgo consideraram a opção da Áustria de não permitir doações heterólogas de gametas — sejam óvulos ou espermatozoides — para que procedimentos de fertilização *in vitro* estejam de acordo com a Convenção.⁸⁰

No entanto, os Estados às vezes excedem a margem de discricionariedade permitida pela Convenção. Assim entendeu o Tribunal no controverso processo **Costa e Paván vs. Itália**, no qual considerou uma incongruência contrária ao art. 8º da CEDH a legislação italiana que, embora autorize o aborto com base em anomalias genéticas do feto, proíbe casais férteis de recorrer à fertilização *in vitro* com diagnóstico genético pré-implantação que permita excluir os embriões afetados pela anomalia.⁸¹ O Tribunal também considerou que as autoridades de Roma não cumpriram sua obrigação de proteger a vida privada e familiar de um casal que teve dificuldade em implantar embriões criopreservados, após estes serem apreendidos como parte de uma investigação criminal contra a clínica onde haviam realizado tratamento de fertilidade.⁸²

79 Ibid.; e **Knecht vs. Romênia**, 2 out. 2012, § 59.

80 **S. H.** [GC], § 115.

81 **Costa e Pavan**, 28 ago. 2012, §§ 69-71. Ver Puppincq, G. (2013). *Costa and Pavan v. Italy and the convergence between human rights and biotechnologies. Commentary on the ECHR decision Costa and Pavan v. Italy*, No. 54270/10, 28 August 2012. **Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia**, 3(3). <https://ssrn.com/abstract=2348142>

82 **Nedescu vs. Romênia**, op. cit. nota 56, §§ 54 e 87.

Por fim, o único caso em que, até o momento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos abordou a questão da reprodução assistida pela perspectiva da criança nascida como resultado de técnicas de inseminação artificial é **X., Y. e Z. vs. Reino Unido**.⁸³ O primeiro autor do processo, X, era um transexual do sexo masculino que tinha uma relação estável com a segunda autora. A Sra. Y concebeu o terceiro autor, Z, por inseminação artificial com material genético de um doador anônimo. As autoridades britânicas rejeitaram o primeiro pedido do autor para ser registrado como pai de Z, pois não tinha nenhuma ligação biológica com ele. No entanto, foi autorizado que o menino recebesse seu sobrenome. A Grande Câmara não encontrou nenhuma violação do art. 8º da CEDH. Mais uma vez, na ausência de consenso sobre um caso com profundas implicações sociais, morais e éticas, o Tribunal de Estrasburgo optou por reconhecer que os Estados têm uma ampla margem de discricionariedade, em particular ao definir a melhor forma de proteger os interesses das crianças nascidas de fertilizações total ou parcialmente heterólogas.⁸⁴ Veremos que essa também é a posição mantida pela jurisprudência do Tribunal em casos relacionados à filiação de crianças nascidas de barriga de aluguel.⁸⁵

83 **X., Y. e Z. vs. Reino Unido** [GC], 22 abr. 1997.

84 *Ibid.*, § 44. Em geral, no que diz respeito ao melhor interesse da criança, ver Belén Rodrigo Lara, M. (2005). **Minoría de edad y libertad de conciencia**. Universidad Complutense de Madrid.

85 Ver seção 3.4.c.

III.III DIGNIDADE DO EMBRIÃO HUMANO E PESQUISA CIENTÍFICA

A jurisprudência de Estrasburgo interpretou que fazem parte do direito à vida privada não apenas “o vínculo existente entre a pessoa que foi submetida à fertilização *in vitro* e os embriões assim concebidos”, uma vez que esses embriões contêm “o material genético da pessoa em questão e, portanto, representam uma parte constitutiva do material genético e da identidade biológica dessa pessoa”, mas que o art. 8º da CEDH também se aplica à decisão consciente e ponderada sobre o destino dado a tais embriões.⁸⁶ Essa declaração do Tribunal, no mínimo controversa e aparentemente pouco ponderada, coloca sobre a mesa a mais ampla discussão ética e jurídica sobre a doação de embriões para pesquisa científica, bem como o debate não resolvido sobre a dignidade humana e os limites para a pesquisa com ou sobre material fetal e embrionário.

No controverso processo **Parrillo vs. Itália**, a Grande Câmara analisou a queixa de uma cidadã italiana que considerava que a legislação nacional que a proíbe de doar embriões fertilizados com material genético de si mesma e de seu parceiro para pesquisa científica e que, após a morte de seu marido, não desejava que fossem implantados, contrariava seu direito à vida privada. A decisão foi desfavorável à Sra. Parrillo, alegando que a doação de embriões à ciência “não é um dos direitos fundamentais que atraem a proteção do art. 8º da Convenção, uma vez que não se refere a um aspecto

86 **Parrillo vs. Itália**, §§ 158 e 159 e voto parcialmente dissidente dos juízes Casadevall, Ziemele, Power-Forde, de Gaetano e Yudkivska.

particularmente importante da existência e da identidade [...]”.⁸⁷ Mais uma vez, a falta de consenso europeu e a forte carga moral e ética do objeto do recurso, levaram o Tribunal a reconhecer que os Estados gozam de uma ampla margem de atuação para proibir a doação ou o uso de embriões para pesquisas científicas, bem como para restringir legalmente sua destruição.⁸⁸

Apesar de o caso ter sido resolvido por maioria de 16 a 1, as opiniões individuais do acórdão revelam a grande preocupação que existe em relação ao que alguns magistrados consideram uma posição do Tribunal sobre a dignidade do embrião humano não ajustada nem às disposições da Convenção de Oviedo⁸⁹ nem às várias resoluções e recomen-

87 **Parillo**, § 174. Ver RAINEY, B., McCormick, P., & Ovey, C. (2020). **Convenção Europeia sobre direitos humanos** (p. 450). Oxford University Press.

88 **Parillo**, §§ 176 ss.

89 A Convenção de Oviedo, ou **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, de 4 abr. 1997, é o único instrumento internacional vinculativo sobre a proteção dos direitos humanos no campo biomédico. Trata-se de uma convenção-quadro destinada a proteger a dignidade e a identidade de todos os seres humanos nas áreas de biologia e medicina, e dedica especial atenção à pesquisa biomédica, genética e transplante de órgãos e de tecidos. O TEDH não tem sido o único tribunal internacional de alto nível a ouvir casos relacionados à pesquisa científica sobre embriões humanos. Também o fez, em 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no processo **Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV** (C-34/10).

dações da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.⁹⁰ Ao reconhecer um direito à vida privada tão expansivo que incluiria o poder de decidir sobre qual uso dar aos embriões obtidos a partir da fertilização *in vitro*, de “decidir seu destino” inclusive doando-os para usos científicos,⁹¹ o Tribunal teria chegado a um “ponto de inflexão crítico” com consequências “de longo alcance” que, na opinião desses juízes, relativiza a dignidade do embrião humano.⁹²

Nas páginas anteriores, já avançamos em relação à proteção do feto ao tratar do tema do aborto. O fato de o Tribunal de Estrasburgo não ter se pronunciado sobre a questão fundamental de em que momento pré-natal começam os direitos estabelecidos na Convenção, quando se começa a ser uma “pessoa” dentro do significado do art. 2º da CEDH ou em que momento se é um “terceiro” cujos direitos devem ser equilibrados em comparação com o exercício por outros dos poderes que compõem a vida privada protegida pelo art. 8º da CEDH, suscita problemas quanto à proteção da vida embrionária contra sua possível objetificação e instrumentalização. Se, como diz o acórdão de **Parillo**, o embrião nada mais é do que parte do material genético de um terceiro que

90 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. (1986). Recomendação 1046, **Use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial, and commercial purpose** [Uso de embriões humanos e fetos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais] (24 set. 1986); id. (1989). Recomendação 1100, **Use of human embryos and fetuses in scientific research** [Uso de embriões humanos e fetos em pesquisas científicas] (2 fev. 1989). Também id. (2003). Resolução 1352, **Human stem cell research [Pesquisa com células-tronco humanas]** (2 out. 2003).

91 **Parillo**, §§ 149 e 152.

92 Ver os votos particulares proferidos nas pp. 48–83 do acórdão.

pode ser eliminado ao seu bel prazer, e não uma entidade biologicamente independente merecedora de proteção própria, da sua dignidade, de seus interesses, do seu direito à vida e de cautelas internacionais no campo das pesquisas e experimentos com embriões humanos e células-tronco, eles são mais do que questionados.⁹³

Em campos moral e deontologicamente tão sensíveis quanto a pesquisa genética, cuja evolução futura pode ser decisiva para a humanidade, não parece que o Tribunal de Estrasburgo possa contentar-se em permanecer à margem das verdadeiras implicações para os direitos humanos dessas técnicas, delegando a proteção da dignidade do embrião humano à quase plena opinião dos Estados. Como apontou o juiz Pinto de Albuquerque em seu voto individual no processo **Parillo**, a leitura conjunta da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e da Convenção de Oviedo determina que os Estados podem incorporar em sua legislação nacional maior proteção para a vida pré-natal *in vitro* ou no útero que aquela estabelecida por padrões internacionais mínimos, não que “seja permitida uma margem ‘ampla’ de discricionariedade nesse campo, que possa eventualmente ser usada para promulgar normas que diminuam a proteção de seres humanos, fetos e embriões”.⁹⁴ Essa é precisamente uma daquelas ocasiões em que a atividade estatal deve ser cuidadosamente monitorada pelo Tribunal de Estrasburgo.

93 Votos particulares de Pinto de Albuquerque, Dedov, Casadevall, Ziemele, Poder-Forde, de Gaetano e Yudkivska, *passim*.

94 Opinião individual Pinto de Albuquerque, pp. 63 e 64.

III.IV OUTROS CASOS DE INTERESSE

a. Esterilizações forçadas

A história europeia não tem sido estranha à imposição à força de esterilizações a certos grupos, em particular mulheres ciganas, homens condenados por crimes sexuais, pessoas com deficiência intelectual e, mais recentemente, transexuais que, após serem submetidos a operações de redesignação de gênero, querem que sua nova identidade seja oficialmente reconhecida.⁹⁵ Até o momento, o Tribunal de Estrasburgo teve a oportunidade de decidir a favor de uma violação do direito à vida privada protegido pelo art. 8º da CEDH em casos de esterilização forçada de mulheres sem deficiência,⁹⁶ frequentemente ciganas,⁹⁷ e de transexuais.

Na opinião do Tribunal, “a esterilização constitui uma violação fundamental da capacidade de procriação de uma pessoa. Uma vez que essa intervenção se refere a uma das funções corporais essenciais do ser humano, ela impacta múltiplos aspectos da integridade pessoal, incluindo o bem-estar físico e mental e o emocional, espiritual e familiar. Pode ser legitimamente praticado a pedido da pessoa interessada, por exemplo, como método de contracepção, ou para fins terapêuticos, quando se estabelecer de maneira convincente a necessidade médica. No entanto, a situação é diferente se

95 Um resumo em <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civactions.net/files/documents/Gauer%20v%20%20France%20Submission%20ECHR%20FINAL.pdf> (pp. 4 e 5).

96 **Soares de Melo vs. Portugal**, 16 fev. 2016.

97 **K.H. vs. Eslováquia**, 28 abr. 2009; **V.C. vs. Eslováquia**, 8 nov. 2011; **N.B. vs. Eslováquia**, 12 jun. 2012; e **I.G. vs. Eslováquia**, 13 nov. 2012.

esse tratamento médico for imposto a um paciente adulto saudável sem o seu consentimento. Tal procedimento deve ser considerado incompatível com o respeito à liberdade e dignidade do homem, que é um dos princípios fundamentais da Convenção”.⁹⁸

No que diz respeito à esterilização obrigatória de transexuais, em 2009, o Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa questionou a decisão tomada por vários Estados-membros de condicionar o reconhecimento legal da nova identidade de gênero à prévia cirurgia de esterilização irreversível.⁹⁹ As resoluções subsequentes da Assembleia Parlamentar seguiram na mesma direção.¹⁰⁰ Em 2017, no julgamento do processo **A.P., Garçon e Nicot vs. França**, o Tribunal de Estrasburgo considerou que a esterilização compulsória como etapa prévia à redesignação sexual viola a Convenção.¹⁰¹ Novamente, o Tribunal se baseou na noção de vida privada para estender a proteção do art. 8º da CEDH à identidade de gênero como parte integrante da identidade

98 **Soares de Melo**, § 110.

99 Commissioner for Human Rights. (2009). **Human Rights and Gender Identity** (CommDH/IssuePaper(2009)2). Council of Europe. <https://rm.coe.int/16806da753>

100 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. (2010). Resolução 1728, **Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity** [Discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero] (29 abr. 2010); id. (2013). Resolução 1945, **Putting an end to coerced sterilisations and castrations** [Colocando um ponto final nas esterilizações e castrações forçadas] (26 jun. 2013); e id. (2015). Res. 2048, **Discrimination against transgender people in Europe** [Discriminação contra pessoas transgênero na Europa] (22 abr. 2015).

101 C f. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-007687_EN.html

pessoal mais ampla.¹⁰² A sentença foi favorável à queixa de três cidadãos franceses transgêneros que questionavam a compatibilidade com a Convenção da legislação francesa que condicionava a modificação de suas certidões de nascimento para refletir sua nova identidade sexual ao cumprimento de certos requisitos físicos que exigiam que se submetessem, entre outros procedimentos, a esterilizações irreversíveis.

b. Partos domiciliares

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos interpretou que o art. 8º da CEDH não reconhece o direito de dar à luz em casa.¹⁰³ De maneira similar, a doutrina da margem de apreciação permite que os Estados signatários da Convenção decidam se regulam ou não esse tipo de parto.¹⁰⁴ No entanto, o Tribunal de Estrasburgo determinou que a noção de vida privada inclui o direito de uma mulher de escolher as circunstâncias do parto e o lugar onde ela quer dar à luz, pois é uma decisão que afeta sua intimidade de uma forma muito pessoal e que abrange questões que vão desde sua integridade física e psicológica, à sua saúde reprodutiva.¹⁰⁵

Uma consequência dessa doutrina são os acórdãos dos processos **Ternovszky vs. Hungria**, **Dubská e Krejzová vs. República Tcheca**, **Pojatina vs. Croácia** e **Kosaitė-Čypienė vs. Lituânia**.

102 **A. P., Garçon y Nicot vs. França**, § 95.

103 **Dubská e Krejzová vs. República Tcheca** [GC], 15 nov. 2016, § 163.

104 *Ibid.*, §§ 182-191; **Pojatina vs. Croácia**, 4 out. 2018, § 78; e **Kosaitė-Čypienė vs. Lituânia**, 4 jun. 2019, § 107.

105 **Ternovszky vs. Hungria**, 14 dez. 2010, § 22; e **Dubská e Krejzová**, § 163.

Enquanto em **Dubská e Krejzová, Pojatina e Kosaitė-Čypienė** o Tribunal não considerou que o art. 8º da CEDH havia sido infringido pelo fato de a respectiva legislação nacional não prever cuidados de saúde para mulheres que optam por dar à luz em casa, em **Ternovszky** questionou-se a ambiguidade da regulamentação húngara, uma vez que, apesar de permitir, dissuadia *de facto* os profissionais de saúde de atenderem a esse tipo de parto. Assim como em matéria de aborto, cabe a cada Estado decidir se e como legislar essa forma de parto, desde que se busque um equilíbrio justo entre o direito à vida privada das mulheres e “o interesse do Estado em proteger a saúde e a segurança da criança e da mãe durante e após o parto”.¹⁰⁶ Mas, uma vez que a lei nacional contemple a possibilidade de dar à luz em sua própria casa, é necessário colocar os meios necessários para garantir a efetivação dessa possibilidade.

c. Gestação por substituição ou barriga de aluguel

Em matéria de barriga de aluguel, o Tribunal julgou uma série de processos contra a França pela recusa das autoridades francesas em reconhecer a filiação de crianças nascidas fora do território europeu como consequência de contratos de barriga de aluguel.¹⁰⁷ Em todos os casos, as crianças tinham um vínculo genético com um dos pais que buscavam a filiação. Nesses casos, que não foram tratados sob a perspectiva

¹⁰⁶ **Dubská e Krejzová**, § 180.

¹⁰⁷ **Mennesson vs. França**, 26 jun. 2014; **Labasse vs. França**, 26 jun. 2014; **Foulon e Bouvet vs. França**, 21 jul. 2016; e **Laborie vs. França**, 19 jan. 2017. Ver Lebret, A. (2020). The European Court of Human Rights and the framing of Reproductive Rights. **Droits fondamentaux**, (18). <https://www.crdh.fr?p=5646>

dos direitos reprodutivos, o Tribunal deu razão aos autores da ação ao considerar o direito à vida privada de crianças nascidas de barriga de aluguel e seu direito correlato de ter seu melhor interesse sempre atendido pelo Estado, quaisquer que sejam as circunstâncias de seu nascimento: “o respeito à vida privada exige que cada pessoa seja capaz de estabelecer os detalhes de sua identidade como ser humano individual, o que inclui a relação legal entre pai e filho [...]; um aspecto essencial da identidade dos indivíduos está em jogo quando a relação pai-filho é afetada”.¹⁰⁸

Dificuldades adicionais surgiram para o Tribunal no processo **Paradiso e Campanelli vs. Itália**, que por fim decidiu contra as queixas dos demandantes com base na doutrina da margem de apreciação. Nessa ocasião, a criança afetada, nascida na Rússia de uma barriga de aluguel, não tinha nenhuma ligação genética com os pais pretendentes.¹⁰⁹ Depois de ser levada para a Itália e ter vivido com os demandantes, a criança foi separada deles e colocada para adoção pelo serviço de assistência social italiano, considerando que se tratava de uma criança introduzida no território nacional em violação da legislação vigente sobre a adoção internacional. Tendo como ponto de partida a jurisprudência desenvolvida nos casos de técnicas de reprodução assistida, o acórdão se recusou a resolver o caso com base na vida familiar protegida pelo art. 8º da CEDH, mas lembrou que a Convenção protege, dentro da noção de vida privada, o direito de um casal de se tornar pais, de conceber uma criança e de recorrer a técnicas

108 **Mennesson**, § 96.

109 **Paradiso e Campanelli vs. Itália** [GC], 24 jan. 2017. Um antecedente em **D. vs. Bélgica** (dec.), 8 jul. 2014.

de reprodução artificial. A Grande Câmara também entendeu que “os laços emocionais criados e desenvolvidos entre um adulto e uma criança em situações que não são uma situação de parentesco clássica”, mesmo quando não há vínculos biológicos entre eles, integram a noção de vida privada.¹¹⁰ Em 2021, o Tribunal decidiu um caso semelhante, também a favor do Estado réu, em **Valdís Fjöl­nisdóttir vs. Islândia**.¹¹¹

IV. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo sobre o direito ao respeito da vida privada e familiar é muito extensa e impossível de cobrir dentro dos limites impostos a um trabalho como este. Por isso, ao longo das páginas deste capítulo, limitamos nossa análise aos acórdãos do Tribunal que tratam de casos com importantes implicações morais, éticas e deontológicas, em particular, aqueles que podem colidir com o direito à liberdade de consciência previsto no art. 9º da CEDH.

No que diz respeito às questões em que há um confronto entre a vida familiar e a liberdade de religião ou de consciência, podemos ver que, seguindo seu raciocínio clássico (interferência prevista em lei, que persegue uma finalidade legítima e necessária em uma sociedade democrática), o Tribunal tende a conceder uma ampla margem de apreciação aos Estados-membros nessa matéria. A esse respeito, deve-se

110 **Paradiso e Campanelli vs. Itália** [GC], § 161.

111 **Valdís Fjöl­nisdóttir vs. Islândia**, 18 maio 2021.

lembrar que a margem de apreciação é mais estreita quando há um consenso europeu sobre o tema.

Além disso, é bastante difícil identificar tendências importantes sistematicamente verificadas nos acórdãos do Tribunal. Algumas decisões — como em **Fernandez Martínez** — causaram grande rebuliço na doutrina porque o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não encontrou nenhuma violação. Outras surpreenderam por suas conclusões opostas em casos muito semelhantes, como nos processos **Obst** e **Schüth**.

De todo modo, parece-nos que o Tribunal se refugia mais facilmente atrás da margem de apreciação dos Estados em julgamentos em que a vida familiar é confrontada com a liberdade de pensamento, de consciência e de religião do que em outros casos relacionados ao art. 8º da CEDH. Por exemplo, o Tribunal de Estrasburgo é particularmente liberal na proteção dos direitos das pessoas transgênero e transexuais,¹¹² o que contrasta com sua posição em questões religiosas.

É necessária uma reflexão semelhante no que diz respeito à jurisprudência sobre a vida privada, os direitos reprodutivos e a liberdade de consciência. Como mostramos, a doutrina da margem de apreciação tornou-se o principal remédio do Tribunal na resolução de questões que afetam o art. 8º da

112 Ver, entre outros, **Y.Y. vs. Turquia**, 10 mar. 2015; e **A.P., Garçon e Nicot vs. França**, 6 abr. 2017. Ver, também, M. CHANUT, (2017). La condamnation de la France par la Cour européenne : la condition d'irréversibilité en matière de transsexualisme viole l'article 8 de la Convention. **Journal d'actualité des droits européens**, (5); e Gonzalez-Salzberg, D. A. (2018). An improved protection for the (mentally ill) transparent: a queer reading of A.P., Garçon and Nicot v France. **Modern Law Review**, 81(3), 526–538

CEDH quando envolvem forte implicação moral, ética, deontológica e social. São os Estados os principais responsáveis por estabelecer os interesses que devem ser protegidos pelas leis nacionais, e cabe a eles definir os parâmetros para o desenvolvimento da legislação sobre o aborto e a objeção de consciência no campo da saúde, da inseminação artificial, das técnicas de reprodução assistida e da gestação por substituição, entre outras.

Muitas questões surgem da decisão do Tribunal de converter de maneira quase sistemática a doutrina da margem de apreciação no elemento decisivo de seus julgamentos nesses casos. Como mostramos nas páginas anteriores, é particularmente preocupante a relutância do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em abordar de maneira sistemática e coerente as queixas relacionadas ao exercício da objeção de consciência por parte dos profissionais de saúde em casos relacionados à intervenção direta ou indireta nas práticas de aborto. Essa indecisão do Tribunal poderia lastrar a adequada resolução, em um futuro não muito distante, de queixas semelhantes de pessoas envolvidas em processos relacionados à morte assistida — eutanásia e suicídio assistido —, de médicos e profissionais de saúde no contexto da realização de exames pré-natal que possam ser considerados eugênicos, ou mesmo de cientistas de equipes de pesquisa embrionária ou genética que tenham escrúpulos morais ou deontológicos sobre a realização de determinados experimentos.

De maneira similar, preocupa a posição do Tribunal sobre a dignidade do feto e embrião humanos e sua dificuldade em determinar a partir de que ponto da vida pré-natal tornam-se aplicáveis os direitos protegidos pela Convenção.

Por fim, parece-nos que a consideração dos interesses da criança — se houver uma no caso em análise — tem pouca influência na orientação da decisão do Tribunal nos acórdãos analisados. Se o Estado levou em conta os interesses da criança, é mais provável que o Tribunal considere que não tenha havido violação da Convenção, e o inverso caso os interesses da criança não tenham sido suficientemente levados em conta.