

A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A COSTA RICA

IN-VITRO FERTILISATION AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION AGAINST COSTA RICA

Fábio Alberto de Lorensi (Unioeste e Nupesul/UFPR)
fabiolorensi@hotmail.com

Elimar Szaniawski (UFPR)
volmir@unipar.br

Resumo: O artigo discute a questão da fertilização *in vitro* a partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a Costa Rica e é dividido em três partes. A primeira cuida da definição e da conceituação da fertilização *in vitro*, bem como explica seu funcionamento por meio de um panorama científico, isto sem mencionar que relata a questão da fertilização *in vitro* no direito comparado. A segunda parte do texto é voltada a explicar a função da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como uma visão de suas decisões. A terceira parte explica a questão da Costa Rica quanto à proibição do método da fertilização *in vitro* em seu país e os efeitos de referida decisão.

Palavras-chave: Fertilização *in vitro*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Costa Rica.

Abstract: The article is divided into three parts. The first handles the definition and conceptualization of in-vitro fertilization (IVF), and it explains its operation through a scientific outlook, as well as it reports the issue of in-vitro fertilization in Comparative Law. The second part explains the function of the Inter-American Court of Human Rights, as well as a vision of their decisions. The third part explains the issue of Costa Rica regarding its prohibition of the method of in-vitro fertilization in the country and the effects of that decision.

Key-words: IVF. Inter-American Court of Human Rights. Costa Rica.

Recebido em: 26/08/2014.

Aprovado em: 02/09/2014.

Considerações iniciais

No ano de 1978, nasceu na Inglaterra o primeiro bebê de proveta, Louise Brown, a primeira criança concebida após fertilização *in vitro* e transferência de embrião, concretizando a forma de concepção do ser humano fora do ventre materno. Esta concepção fora do corpo da mulher trouxe inúmeras discussões científicas e até mesmo jurídicas, sendo que assuntos polêmicos passaram a ter uma nova visão a partir deste marco histórico, entre eles pode ser citado o que diz respeito ao exato início da vida, a personalidade do ser humano e sua caracterização como sujeito de direitos, bem como a forma de utilização dos embriões criopreservados.

Portanto, em decorrência da temática posta em pauta e ainda em face das constantes polêmicas criadas nos últimos anos em torno da fertilização *in vitro* e da utilização de embriões criopreservados que, em tese, podem vir a ser usados e até porque ainda não existe uma legislação específica e completa a respeito do assunto em alguns países, discute-se neste

artigo, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 28 de novembro de 2012. Esta decisão internacional responsabilizou o Estado da Costa Rica, reconhecendo a existência de um direito à vida privada e familiar e a formar uma família, protegido pela Convenção Americana de 1969, e que a proibição geral da prática da fertilização *in vitro* viola estes direitos, determinando que fossem adotadas medidas administrativas e legais para permitir a realização da Fertilização *in vitro* por aqueles que desejarem.

1. Fertilização *in vitro*

Antes de ingressar na conceituação da Fertilização *in vitro*, oportuno é apresentar um pouco da história das técnicas de reprodução assistida. No ano de 1494, foi tentada a primeira prática de inseminação artificial em seres humanos, sendo que, segundo históricos da medicina, a primeira paciente teria sido segunda esposa de Henrique IV, a Rainha D. Joana de Portugal. Entretanto, a primeira experiência científica foi atribuída ao cirurgião inglês Juan Hunter que, em 1791, com êxito, inseminou artificialmente, com o sêmen do marido, a esposa de um lord. Em 1838, um professor francês chamado GIRAULT, obteve resultado positivo em oito mulheres, inclusive uma delas teve gêmeos (BARBOZA, 1993, p. 33).

Saliente-se que por volta de 1970, vários cientistas se dedicaram à fertilização humana *in vitro*, principalmente, na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Austrália (BARBOZA, 1993, p. 33). Importante ressaltar que fora nessa época que nasceu o primeiro bebê de proveta, a inglesa Louise Brown, conforme já se disse alhures.

Assim sendo, após esse pequeno esboço histórico, pode-se conceituar a Fertilização ou fecundação como o processo através do qual um gameta masculino (espermatozóide) perfura as membranas lipoprotéicas do gameta feminino (óvulo) e combina-se com esse formando uma célula diplóide, o zigoto (com dupla carga genética), que em poucas horas inicia seu processo de divisão celular, o que já configura o desenvolvimento do embrião (SGRECCIA, 1996, p. 421), bem como cabe dizer que fertilização *in vitro* é a técnica de reprodução assistida que consiste na retirada de um ou de vários óvulos da mulher com o intuito de juntar este(s) óvulo(s) em laboratório com um espermatozóide, sendo que em período posterior referida junção forma o Embrião, o qual deve ser transferido para o útero ou para as trompas de Falópio da mulher.

Ainda no que tange a fertilização *in vitro*, deve ser dito que referido procedimento médico e laboratorial também passou a ser indicado em outras condições clínicas, como a endometriose e a infertilidade sem causa aparente. Apesar de representar um grande avanço no tratamento da infertilidade conjugal, nem todos os casais podem ser tratados com a

fertilização *in vitro*. Existem limitações tanto para o lado feminino quanto para o masculino. Essas limitações, em linhas gerais, para a mulher se referem a apresentação de uma boa reserva ovariana, fato este que acompanha a sua idade; quanto mais jovem maior a reserva ovariana, bem como a integridade da cavidade uterina. Já para o homem deve apresentar pelo menos três milhões de espermatozoides móveis por ml após o processo de separação e a porcentagem de espermatozoides ovais normais não inferior a 4% pelo critério estrito de Kruger. Em resumo, mulheres com baixa reserva ovariana ou homens com importantes alterações no espermograma, não devem ser tratados pela técnica de fertilização *in vitro* clássica.

Deve ser salientado ainda que existe a possibilidade de classificar os tipos de fertilização *in vitro* a ser utilizada. Aldrovandi e França entendem que o tipo de fertilização vai depender da origem dos gametas, a inseminação ou fecundação pode ser homóloga ou heteróloga:

Será homóloga quando a fecundação se der entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança. Será heteróloga quando o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002).

Saliente-se também que segundo mostra Naline, várias são as situações possíveis na Fertilização *in vitro*, senão veja-se o exemplo citado:

Filho do óvulo e sêmen do casal sob tratamento, gestado pela própria mulher; filho do óvulo da mulher do casal, gestado por ela, e de sêmen de doador; filho de gametas do casal, mas gestado por uma segunda mulher; filho de óvulo da mulher do casal, esperma de um doador e gestado por outra mulher; filho de óvulo doado, sêmen do companheiro e gestado pela mulher do casal; filho de óvulo doado, sêmen do companheiro e gestado por uma terceira mulher; filho de óvulo doado pela gestante e sêmen do varão do casal; filho de óvulo e sêmen de doadores, gestado pela mulher do casal (NALINI, 1997, p. 116).

Ainda quanto à questão de fertilização *in vitro* como método de concepção artificial, deve ser relatado que, em princípio, a sua diferenciação da concepção natural está na junção do esperma com o óvulo da mulher fora do ventre materno, ou seja, esta junção se dá em laboratório, enquanto que a concepção natural, como já dito, ocorre dentro do corpo da mulher, senão veja-se à respeito:

A gênese da vida humana, no processo natural, provém da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, na trompa de Falópio. Em seguida, ocorre o fenômeno da nidação, com o deslocamento do óvulo fecundado, ou zigoto, rumo ao útero para fixar-se no endométrio. Nos primeiros estágios de desenvolvimento até o fim da morfogenia geral tem-se a figura do embrião, após, num período variável entre oito a doze semanas, surge o feto. Então,

compreende-se na definição de nascituro o ser humano concebido e em evolução no ventre materno, nas fases ovular, embrionária e fetal (ANDRADE, 2009).

Assim sendo, após a explicação acima se observa o quanto é complexa a genese da vida humana, ainda mais se for observado sob a ótica da fertilização *in vitro*, razão pela qual o seu estudo merece um cuidado todo especial.

1.1 Fertilização *in vitro* no Direito Comparado

No que tange à fertilização *in vitro* no âmbito de direito comparado, como instrumento de auxílio do intérprete para a solução das controvérsias e, ao mesmo tempo, como fundamento para a construção das regras que devem vigorar, deve ser dito que, em alguns países europeus, principalmente na Itália, o congelamento dos embriões excedentários, aqueles advindos da fertilização *in vitro*, não podem ser criarmazenados. Na Grã-Bretanha e na Escandinávia, o número de embriões que podem ser implantados, por vez, é de um ou dois, justamente para se garantir, com maior probabilidade de acerto, que a mulher não vai desenvolver gestação múltipla, e dessa forma, evitar-se os indesejáveis riscos de uma gravidez gemelar.

Nos Estados Unidos, como há autonomia legislativa em cada Estado da nação, permite-se que cada Estado atue independentemente quanto ao referido assunto, havendo uma diversidade de posições e comportamentos. Pode-se considerar, então, mais radical a doutrina estadunidense, pois parte da premissa de que cada pessoa tem o direito de procriar, como de não procriar, encontrando este direito fundamento na liberdade pessoal, tutelada pela Constituição Americana, sendo um dos muitos aspectos do “*right of privacy*” (GAMA, 1999, p. 16). No vizinho México, também cada Estado tem autonomia para elaborar suas normas jurídicas próprias, não possuindo qualquer previsão legal no que concerne à reprodução assistida (GAMA, 2003, p. 305).

A legislação da Argentina sofre forte influência da religião católica e, quanto à reprodução assistida, a lei ainda não se aprofundou sobre as novas questões, havendo projetos de lei em tramitação. Contudo, em relação à inseminação homóloga é legalmente admitida no direito argentino, condicionando-a tão-somente à certeza de que a futura filiação seja resultado de sêmen do marido ou convivente e o óvulo materno, não havendo diferença na qualidade de filiação. (SAMBRIZZI, s. d. ,p. 44).

O direito em Portugal, quanto à referida questão da fertilização *in vitro*, centraliza seu pensamento por meio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), em que as questões éticas, sociais e legais envolvendo as técnicas de reprodução

são discutidas. Aliás, segundo a Lei Portuguesa nº 32/2006, o princípio da dignidade humana é estabelecido de forma que a igualdade se estabelece tanto entre os filhos advindos da utilização das técnicas quanto dos concebidos naturalmente, não os diferenciando (LEAL, 2011).

A Itália, também por sofrer forte influência da Igreja Católica, é a mais restritiva de todas as legislações da Europa Continental, tanto é que há proibição de doação de espermatozoides, pesquisa com embriões, doação de óvulos, uso de barriga de aluguel, bem como a inseminação heteróloga. (FERRAZ, 2009, p. 75).

Importante destacar que, em 1981, foi aprovado pela Comissão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa um relatório de conteúdo diretamente relacionado à reprodução assistida, que para o século XXI, demonstrou-se bastante retrógrado em suas assertivas, pois considera que, conforme relata Dias (1996, p. 29):

[...] o modo normal da procriação humana é o da união física do homem e da mulher, de preferência no seio da unidade familiar, pelo que se considera, em conformidade, a inseminação medicamente assistida como uma solução excepcional, apenas tolerada para obviar às graves e insuperáveis consequências da esterilidade e às dificuldades impostas pelas diversas legislações em matérias de adopção; a consideração de que é preferível disciplinar o fenómeno a perpetuar um vazio legislativo; a admissibilidade da inseminação, com ou sem dádiva de sêmen, apenas para a mulher casada e com o seu próprio consentimento e o do marido [...].

Registre-se que o Conselho da Europa também se manifestou novamente, por meio da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano no que respeita à Aplicação da Biologia e da Medicina, cuja tônica principal eram os reflexos éticos e jurídicos das manipulações genéticas, em que é relatado no artigo 18 que “[a] investigação em embriões *in vitro* sempre que a lei permite a pesquisa em embriões *in vitro*, deve garantir uma protecção adequada do embrião, bem como de que a criação de embriões humanos para fins de pesquisa é proibida”.(UE, 2013).

No Canadá, na província de Ontário, as recomendações são no sentido de permitir à mulher, que não lhe seja proibida a transferência de embriões, mesmo que os óvulos não sejam dela. O embrião gerado é colocado sob a tutela jurídica do Estado e a experimentação somente é permitida em centros autorizados pelo Ministério da Saúde. Ademais, é proibido criar e armazenar o embrião excedentário por mais de dez anos, sob pena de que ele venha a ser destruído (DIAS, 1996, p. 29).

Na Suíça, foi nomeada uma Comissão para a investigação dos problemas oriundos

destas técnicas. A lei sobre a procriação assistida, surgiu em 1984, sendo que referida lei exigia que para a prática da reprodução assistida, era necessária uma relação heterossexual, devendo ser realizada em hospitais públicos e, após a cuidadosa verificação da indicação desta prática, àquele caso concreto.

Na França, os Centros de Estudo e de Conservação de Sêmen (CECOS) 146, consolidaram a idéia de plena assistência às práticas de reprodução assistida. A partir de uma organização fulcrada em princípios de ordem ética, “*visam a garantir um máximo de segurança no tratamento, a par de uma harmoniosa integração e/ou conciliação dos interesses de todos os que estão implicados em tal processo*”. (UE, 2013).

Ainda na França, em posição de precaução, este país tem demonstrado a postura que os centros de reprodução medicamente assistida devem ter, já que, em face da ausência legislativa, há que se tomar todos os cuidados tendo em vista a grande repercussão que estes procedimentos geram para as partes envolvidas. Nos CECOS, exigia-se do doador de sêmen, por exemplo, um compromisso moral de dizer a verdade. (UE, 2013).

A lei espanhola vigente sobre a reprodução assistida é a Lei nº 14/2006, de 26 de Maio de 2006, que revogou várias outras leis anteriores. Essa nova lei espanhola diz que estão as técnicas de reprodução assistida disponíveis para todas as mulheres maiores de 18 anos e com capacidade para trabalhar, independentemente de seu estado civil, ou orientação sexual. Para os casos em que a paciente necessite de doação de óvulos ou de espermatozóides, garantir-se-á, segunda a lei espanhola, a confidencialidade e o anonimato dos doadores, sendo gratuitas as doações, não sendo admitidas as finalidades comerciais ou lucrativas, de forma expressa (artigo 6º).

A Alemanha, por meio da Lei de 13 de Dezembro de 1990, denominada *Embryenschutzgesetz*, que significa Ato de Proteção do Embrião, em tradução a partir do inglês, *The Embryo Protection Act*, regulamentou alguns efeitos jurídicos decorrentes das práticas de reprodução assistida. Com relação ao conteúdo, diferentemente da Lei Espanhola recém analisada, o ordenamento jurídico alemão não restringe a utilização das referidas práticas às mulheres casadas ou conviventes, partindo-se, entretanto, da necessidade do consentimento (EMBRYONENSCHUTZGESETZ, 2013).

No Brasil, segundo a visão de LEITE (2004, p. 38), o legislador, ao proclamar o novo Código Civil, admite referida situação de inseminação realizada, inclusive após a morte do marido ou companheiro, havendo casamento ou união estável e com o material genético proveniente do falecido cônjuge ou companheiro, modalidade esta de inseminação artificial denominada “homologa”. Aliás, FACHIN (2008, p. 253) ao comentar sobre o assunto,

também ratifica o posicionamento do código civil brasileiro de permissão da fertilização *in vitro*, inclusive, *post mortem*, alertando apenas da possibilidade de debate quanto à natureza da presunção de paternidade quanto às formas relativa ou absoluta.

Portanto, pelo que pode se observar acima, o estudo de Direito Comparado na questão da fertilização *in vitro* é extremamente importante, uma vez que permite observar pesquisa feita em outros países, podendo ajudar no curso do andamento da legislação interna de cada país.

2. Corte Inter-Americana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja sede fica na Costa Rica, trata-se de um órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos, criado pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, o qual estabelece um sistema de controle do cumprimento dos compromissos internacionais dos Estados no campo dos direitos.

Oportuno registrar desde já que referida Corte é composta de sete membros, dentre juízes de alta autoridade moral e capacidade reconhecida no Direito Internacional, notadamente na seara dos Direitos Humanos, sendo eleitos pelos Estados que fazem parte da Convenção na Assembléia Geral da OEA, para um mandato de seis anos, permitida uma recondução. (CIDH, 2012).

A legitimidade para atuar perante a Corte inicialmente pertence aos Estados e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que sua competência está definida pelos arts. 62 e 64 da Convenção de 1969 e possui um caráter contencioso e consultivo. Nos casos contenciosos, além das decisões de mérito, a Corte também ordena em algumas situações medidas provisórias de proteção, mormente em casos de extrema gravidade ou urgência. (CIDH, 2012).

No que tange a função consultiva, em princípio somente os Estados que fazem parte da Convenção Americana de 1969, como também os demais Estados membros da OEA tem legitimidade. Com isso, Estados que ainda não reconheceram a jurisdição da Corte podem aproveitar as decisões em opiniões consultivas para esclarecer o conteúdo e o alcance do Direito Internacional atual, pois, embora não sejam vinculantes para estes, ao declararem o Direito Internacional, possibilitam maior certeza jurídica no campo internacional (RAMOS, 2001, p. 341).

Saliente-se que ainda dentro das funções consultivas da Corte pode-se mencionar a respeito da interpretação da Convenção Americana de 1969 ou de outros tratados

concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Além disso, também a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode formular consultas, até porque os pareceres consultivos são de dois tipos: um de controle da interpretação das normas americanas de direitos humanos, nos quais se fixa a orientação da Corte para os operadores internos do Direito e o outro de controle de leis ou projetos com relação às disposições da Convenção Americana, em que se analisa a incompatibilidade entre os primeiros e a Convenção. (GALLI; DULITZKY, 2000, p. 53).

Assim sendo, nesta ótica observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce um poder em nível internacional perante seus estados membros, sendo que eles, após ratificá-la, devem ou pelo menos deveriam se submeter as suas decisões e diretrizes; tudo conforme preceitua o art. 74 da referida Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.

Pois bem, após explicação a respeito da organização e estruturação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, convém explanar a respeito do plano processual de referida Corte, até porque se faz necessário conhecer um pouco a respeito desta temática para depois adentrar ao ponto fulcral deste artigo que é o caso da condenação da Costa Rica em face de não permitir a utilização da fertilização *in vitro*.

Com relação a parte processual, convém ressaltar que a Corte dentro de sua competência para o julgamento de casos, limita apenas aos Estados Partes da Convenção que tenham expressamente reconhecido sua jurisdição, sendo que esta apreciação consiste em questões envolvendo denúncia de violação, por qualquer Estado Parte, de direito protegido pela Convenção. Oportuno dizer que, caso reconheça que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, é determinada a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, inclusive podendo até ser condenado o Estado infrator ao pagamento de uma justa compensação à vítima. (REGULAMENTO, 2012).

Saliente-se que antes do ano de 1996 não era reconhecido o direito postulatório de supostas vítimas, de seus familiares ou organizações não governamentais diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que este direito de apresentação de demandas existia apenas para a Comissão e os Estados Membros da OEA. Contudo, houve uma inovação trazida pelo 3º Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que ampliou a possibilidade de participação do indivíduo no processo, autorizando que os representantes ou familiares das vítimas apresentassem, de forma autônoma suas próprias alegações e provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas. (OEA, 2012).

Além do mais, com o surgimento de um 4º Regulamento, agora as vítimas, seus

representantes e seus familiares podem além de oferecer suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas do procedimento fazer uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando, assim, a condição de verdadeiras partes no processo.

Assim sendo, após explicação a respeito de quem possui legitimidade para ingressar com uma demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se mister relatar como funciona o processo contencioso.

Registre-se que o procedimento seguido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para resolver os casos contenciosos submetidos à sua jurisdição tem duas etapas, sendo a primeira denominada de “*Contenciosa*”, a qual compreende quatro fases: a primeira composta da apresentação do caso pela Comissão, juntamente com a apresentação do escrito de solicitações, dos argumentos e das provas por parte das supostas vítimas, bem como da apresentação do escrito de contestação aos dois escritos anteriores por parte do Estado demandado e ainda os escritos de contestação às exceções preliminares interpostas pelo Estado, no caso de que corresponda a um escrito de lista definitiva de declarantes, tendo como fim a resolução de convocatória a audiência. Uma segunda fase é a etapa oral ou de audiência pública. Uma terceira fase composta de escritos de alegações e observações finais das partes e da Comissão. E, a quarta e última fase de estudo é a emissão de sentença. (CIDH, 2012).

Importante destacar que, com relação à primeira fase, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou no ano de 2012 por 21 (vinte e uma) vezes, valendo a pena destacar que foi o ano no qual foram emitidas mais sentenças, uma vez que em 2010 foram emitidas 9 (nove) sentenças e no ano de 2011 foram sentenciadas 18 (dezoito) vezes. Saliente-se, oportunamente que durante 2012 foram celebradas 14(quatorze) audiências públicas sobre casos contenciosos, sendo que nessas audiências foram recebidas as declarações orais de 22 (vinte e duas) supostas vítimas, 4 (quatro) testemunhas e 25 (vinte e cinco) peritos, as quais somam um total de 51 (cinquenta e uma) declarações (CIDH, 2012).

A segunda fase é denominada de “Fase de Supervisão de cumprimento de sentenças” e, pelo próprio nome de referida fase já se subentende que ela implica na solicitação periódica de informação ao Estado sobre as atividades desenvolvidas para os efeitos do referido cumprimento e o recebimento de observações da Comissão e das vítimas ou de seus representantes. Oportuno dizer que a Corte de posse dessas informações pode avaliar se houve cumprimento do que fora resolvido, bem como pode orientar as ações do Estado para este fim e, se for o caso, pode convocar a uma audiência de supervisão. (CIDH, 2012).

Insta mencionar que, no ano 2012, a Corte emitiu 32 (trinta e duas) resoluções sobre supervisão de cumprimento de sentença e realizou 5 (cinco) audiências privadas e 1 (uma)

audiência pública, relativas a 14 (quatorze) casos. Por fim deve-se dizer que a Corte terminou o ano 2012 com 138 (cento e trinta e oito) casos contenciosos em etapa de supervisão de cumprimento de sentença (CIDH, 2012).

2.1 O caso da Costa Rica com relação à Fertilização *In Vitro* e a Corte Inter-americana de Direitos Humanos

Para conhecer a situação em que a Costa Rica veio a ser condenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo fato de proibir o uso da técnica da Fertilização *in vitro* é importante dizer que a regulamentação das técnicas de reprodução assistida existia tranquilamente na Costa Rica por meio do Decreto Executivo 24029-S, de 3 de março de 1995. Este decreto regulava e permitia a técnica de reprodução assistida, sendo que de 1995 a 2000 nasceram na Costa Rica 15 (quinze) crianças através da Fertilização *in vitro*. (CARVALHAL, 2013).

A Corte Suprema de Justiça do Estado da Costa Rica, contudo, em março de 2000, ao sentenciar ação de inconstitucionalidade declarou a inconstitucionalidade do Decreto Executivo acima citado, sob o argumento de que nenhuma outra norma poderia vir a autorizar a realização da Fertilização *in vitro* enquanto a ciência não desenvolvesse novas técnicas capazes de evitar danos aos embriões, notadamente porque essa técnica que leva à concepção em laboratório acabava por violar o direito à vida e à dignidade humana, posto que o embrião deveria ser protegido desde a sua concepção, o que não ocorre através de referida técnica que permite a morte de embriões.

Importante destacar que depois de referida sentença acima mencionada, a Costa Rica passou também a definir como crime o recurso desta técnica de Fertilização *in vitro*, o que acabou por resultar em uma denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a Costa Rica, denúncia essa formulada por Artavia Murillo Y Otros, o qual solicitava a responsabilização internacional da Costa Rica em razão da decisão supra mencionada de proibição da Fertilização *in vitro* (CIDH, 2013).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ao receber a denúncia e, após investigação, considerou que houve violação aos direitos assegurados pelos artigos 11.2 (proteção da vida privada e familiar), 17.2 (direito à formar família) e 24 (igual proteção da lei) da Convenção Americana de 1969 e solicitou a responsabilização internacional da Costa Rica por conta da decisão da Corte Suprema daquele país em proibir o uso da técnica de Fertilização *in vitro* (CARVALHAL, 2013).

Em data de 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, depois de examinar as provas apresentadas proferiu sua sentença, em que reconheceu a

existência de um direito à vida privada e familiar e a formar uma família, protegido pela Convenção Americana de 1969, e que a proibição geral da prática da fertilização *in vitro* viola estes direitos e dessa forma responsabilizou o Estado da Costa Rica determinando, inclusive, que fossem adotadas medidas administrativas e legais para permitir a realização da Fertilização *in vitro* por aqueles que desejarem (CARVALHAL, 2013).

Importante destacar que no corpo de referida sentença a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a cessação imediata da proibição da Fertilização *in vitro* na Costa Rica, aplicando medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição, de forma a condenar o Estado a arcar com tratamento psicológico por quatro anos às vítimas impedidas de realizar a técnica de Fertilização *in vitro*, bem como publicar no prazo de seis meses resumo oficial da sentença da Corte no Diário Oficial e um jornal de ampla circulação nacional e que a sentença integral fique disponível pelo período de um ano no site oficial do poder judiciário, bem como adotar as medidas necessárias para que, com a maior brevidade possível fique sem efeito as medidas que proibiam a prática da Fertilização *in vitro* de modo que as pessoas que desejem utilizá-la possam fazê-lo sem impedimentos, devendo informar em seis meses as medidas adotadas e ainda regulamentar, com brevidade, os aspectos que considerar necessários para a implementação da Fertilização *in vitro*, tendo em conta os princípios estabelecidos na sentença, devendo estabelecer sistemas de inspeção e controle da qualidade das instituições e profissionais qualificados que desenvolvam esse tipo de técnica, devendo informar anualmente sobre as medidas adotadas (CIDH, 2013).

Oportuno também citar que as medidas de reparação em que fora condenada a Costa Rica além das acima ditas também existem a de incluir a técnica de Fertilização *in vitro* dentre seus programas e tratamentos de infertilidade, devendo informar em seis meses as medidas adotadas para tanto, bem como de implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e hierarquia, devendo fazer especial menção à presente sentença, isto tudo sem mencionar que deverá a Costa Rica ainda reparar, por meio de pagamento pecuniário, toda pessoa considerada vítima perante a Corte com relação à proibição da fertilização *in vitro*, por meio de indenização por danos morais e dano material (CIDH, 2013).

Por oportuno deve se registrar que o embate principal na referida questão dizia respeito a interpretação do art. 4.1 da Convenção Americana de 1969 que diz que: “[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim, o conceito de “concepção” é que trouxe a tona todo o problema. (CIDH, 2013).

Assim sendo, nos dizeres de Carvalhal (2013), ao interpretar referida sentença, tem-se que

[a] Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, com base no art. 4.1 da Convenção Americana, entendeu que a vida inicia-se na concepção, entendendo como concepção “a união entre o gameta masculino e o feminino”, “momento em que é individualizada uma nova vida do ponto de vista genético”. Assim, na medida em que muitos embriões são “destruídos, voluntaria ou involuntariamente” durante o procedimento, por “imperícia do médico ou por inexactidão da técnica”, ocorreriam “violações ao direito à vida”. Por sua vez, a Corte Interamericana, invocando sua competência de última intérprete da Convenção, consignou que “o termo ‘concepção’ não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, dado que o embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não ocorrer”. Entendeu que a FIV demonstra que pode decorrer um tempo entre a união do óvulo com o espermatozoide e a sua implantação, constatando que a definição de “concepção” dos redatores da Convenção Americana mudou. Dessa forma, firmou o entendimento de que a concepção só ocorre com a implantação, razão pela qual não se pode invocar o artigo 4.1 da Convenção em momento anterior. Ainda, explicou que a expressão “em geral” permite inferir que o direito à vida não é absoluto, mas gradual a partir do seu desenvolvimento (CARVALHAL, 2013).

No que toca à referida decisão, é importante mencionar ainda que o aspecto legal mais claro dessa decisão está no fato de que ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida. Aliás, essa decisão é um marco importante em termos de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como para a proteção dos direitos delas, pois a partir dos argumentos desenvolvidos na referida sentença qualquer Estado que reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve evitar a proibição do uso da técnica da Fertilização *in vitro*, sob pena de estar agindo contrário a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (LAZALA, 2013). Muito embora se reconheça que formal e legalmente somente a Costa Rica é contrária à Fertilização *in vitro* (CIDH, 2013).

Outro aspecto que deve ser ressaltado desta decisão refere-se ao fato de que não há nenhuma razão juridicamente válida para não cumprir a obrigação de realizar todos os esforços necessários a fim de garantir efetivamente a possibilidade de qualquer homem ou mulher de decidir livre e responsavelmente o número de filhos, bem como para alcançar o mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva (LAZALA, 2013). Raphael (2013), ao comentar referida sentença, observa que

[è] também essencial que o Tribunal aderiu ao explicações científicas, o que se busca é, em princípio, "não impor crenças específicas para outras pessoas que compartilhá-los. Por outro lado, o Tribunal analisou o termo "pessoa "e

concluiu que não é possível sustentar que o embrião tem direito aos direitos consagrados nos instrumentos internacionais e nacionais, e muito menos exercício, então o embrião é considerado uma pessoa para termos jurídicos. Estrada da sentença, é que para determinar os conceitos, buscando abrir as possibilidades de fertilização assistida como lei, eles podem estar fechando a liberdade de questões do espectro, também relacionado com o direito à saúde, direitos reprodutivos e à liberdade de escolha para as mulheres sobre a sua próprio corpo. MSc. Hauber, disse que a sentença foi efetivamente delimitada pelo direito foco da assistência técnica e da fertilidade, mas eu acho que o simples facto de o Tribunal de Justiça confirmou a sentença de tais dimensões, que o embrião é considerado uma pessoa e, como tal, não pode ter direitos e desfrutar de seu exercício, como uma pessoa, esta disposição permite e especialistas e defensores dos direitos das mulheres, continuar a colocar mulheres como sujeitos de direitos e obrigações acima de uma promessa da própria vida, mas a promessa de terminar. Uma mulher está na pessoa cheia e, portanto, sujeito a direitos e obrigações, de qualquer perspectiva (sic).

Assim sendo, nos dizeres de CARVALHAL (2013), tem-se que do debate criado entre a Corte Suprema da Costa Rica e a Corte Interamericana de Direitos Humanos obteve como resultado o entendimento de que há um direito, amparado pelo Pacto de San José da Costa Rica de 1969, de que as pessoas que assim entenderem podem vir a se utilizar das técnicas de Fertilização *in vitro*, haja vista que não se pode negar de forma absoluta pelo Estado sob pena de violação do direito à integridade física, liberdade e vida privada e familiar. E, arremata referida jurista acima citada, dizendo que, no caso em tela, o que se teve fora uma

[...] promoção de direitos fundamentais decorrente da interação entre ordens jurídicas doméstica e internacional, inclusive com contraste e superação da decisão da Corte Suprema nacional. A afirmação da declaração de direitos no plano supraestatal, pelo influxo de sua corte de tutela, repercutiu na ordem interna da Costa Rica, determinando a conformação do direito doméstico à jurisprudência internacional CARVALHAL (2013).

Desta forma, em matéria de direitos humanos observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se faz presente em questões de ordem pública e até em algumas privadas como parece ser o caso em tela da Fertilização *in vitro*. Ademais, importante se faz mencionar também que referida Corte Interamericana de Direitos Humanos no seu exercício, envolvendo a liberdade pessoal, bem como a dignidade humana e a proteção à vida, ao se manifestar no caso em tela sem qualquer margem de dúvida acabou por cumprir com seu objetivo principal, qual seja, estabelecer um sistema de controle do cumprimento dos compromissos internacionais dos Estados no campo dos direitos, mormente os Direitos Humanos.

Considerações finais

Em decorrência dos contornos até aqui delineados acerca da fertilização *in vitro* e principalmente em face da questão ocorrida na Costa Rica, observa-se que a intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos de uma forma ou outra, contribuiu para o desenvolvimento deste assunto, notadamente porque a partir de sua decisão abriu novos horizontes para a discussão do início da vida, do manuseio com células embrionárias e principalmente para o uso da técnica da fertilização *in vitro*.

Desta forma, buscou-se no presente trabalho trazer conceitos e definições quanto as técnicas de reprodução assistidas, bem como verificar como é vista esta técnica pelos demais sistemas jurídicos espalhados no mundo, a fim de situar o tema, comparando com a temática que atualmente está sendo discutida em diversos lares da sociedade e também nas mais importantes cortes do mundo, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O presente artigo demonstrou parte dos desdobramentos jurídicos no caso da Fertilização *in vitro*, notadamente a respeito da conceituação de concepção perante a Convenção Americana de Direitos e o choque existente com a visão da Corte Judicial Suprema da Costa Rica. Aliás, para o desfecho deste artigo, cumpre ressaltar que a Costa Rica, ao ter proibido e criminalizado a prática da Fertilização *in vitro* sofrerá algumas medidas reparatórias que foram fixadas na referida sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais sem margem de qualquer dúvida servirão de exemplo no sentido de um Estado Membro não mais interferir na vida privada e no desejo pessoal de cada ser humano de constituir uma família e poder planejar quantos filhos pretendem ter.

Referências

- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de (2002). A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Jus Navigandi**, 7 (58), publicado em [<http://jus.com.br/artigos/3127>]. Disponibilidade: 13/08/2013.
- ALEMANHA (2013). **EMBRYONENSCHUTZGESETZ**, publicado em [<http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html>]. Disponibilidade: 13/08/2013.
- ANDRADE, Wesley Souza de (2009) **A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano**, publicado em [<http://advocaciawsa.blogspot.com/search?updated-min=2009-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&updated-max=2010-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&max-results=6>] Disponibilidade: 18/05/2010.
- BARBOZA, Heloísa Helena (1993) **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar.
- BRASIL (2002). **Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado Federal.
- BRASIL (1991) **Lei 8.213 - Plano de Benefícios Previdenciários**. Brasília, DF: Senado Federal,

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal.

CARVALHAL, Ana Paula (2013) **Fertilização in vitro expõe conflito entre cortes**, publicado em [<http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/observatorio-constitucional-fertilizacao-in-vitro-evidencia-conflito-cortes>]. Disponibilidade: 16/08/2013.

COSTA RICA (1995). **Decreto Ejecutivo 23029-S, de 3 de Marzo**, publicado em [http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO]. Disponibilidade: 16/08/2013.

COSTA RICA (2000). **Resolución -02306, de 15 de Marzo**, publicado em [http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html]. Disponibilidade: 16/08/2013.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (2000). **Resolución 2000-02306**, de 15 de marzo, publicado em [http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html]. Disponibilidade: 16/08/2013.

DIAS, João Álvaro (1996) **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora.

ESPAÑA (2006). **LEY 14, de 26 de Maio**, publicado em [<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>]. Disponibilidade: 13/08/2013.

FACHIN, Luiz Edson (2008) Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. In MADALENO, Rolf; MILHORANZA e Mariângela Guerreiro(Coords.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia (2009) **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá.

GALLI, Maria Beatriz e DULITZKY, Ariel (2000) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos e o direito brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 53-101.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (1999) Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 1 (1).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (2003) **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar.

Caso Artavia Murillo et al. Costa Rica, publicado em [<http://www.acento.com.do/index.php/blog/8595/78/Caso-Artavia-Murillo-y-otros-vs-Costa-Rica.html>]. Disponibilidade: 16/08/2013.

LEAL, Paula Mallmann (2011). **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem**, publicado em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_1eal.pdf]. Disponibilidade: 01/04/2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira (2004) **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Editora Forense.

NALINI, José Renato (1997) **Ética Geral e Profissional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OEA. Corte Inter-Americana de Direitos Humanos - CIDH (2012). **Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana**, publicado em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf]. Disponibilidade: 16/08/2013.

OEA. Corte Inter-Americana de Direitos Humanos - CIDH (2012). **Relatório Anual de 2012**, publicado em [http://corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2012.pdf]. Disponibilidade: 15/08/2013.

OEA. Corte Inter-Americana de Direitos Humanos - CIDH (2012). **Regulamento de 2012**, publicado em [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113486&ordenacao=1]. Disponibilidade: 15/08/2013.

RAMOS, André de Carvalho (2001). **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad.

RAPHAEL, Lúcia (2013). **Artavia Murillo vs Costa Rica; direitos reprodutivos de privacidade e autodeterminação**, publicado em [http://www.oem.com.mx/elsoldesinaloa/notas/n2863337.htm]. Disponibilidade: 13/08/2013.

SAMBRIZZI, Eduardo A (s.d.). **La filiación en la procreación asistida**. Buenos Aires: El Derecho.

SGRECCIA, Elio (1996) **Manual de Bioética**. Traduzido por Orlando Soares Moreira. Vol. 1. São Paulo: Edições Loyola.

UNIÃO EUROPEIA (UE). Conselho da Europa (2013). **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano no que respeita à Aplicação da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**, publicado em [http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm]. Disponibilidade: 13/08/2013.