

Comentários ao caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (“Fertilização *in vitro*”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro

Comments on the case Artavia Murillo et al. x Costa Rica (“In vitro fertilization”) and its possible repercussions in the Brazilian legal system

Danielle Sales Echaiz Espinoza*
Basile Georges Campos Christopoulos**

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (“Fertilização *in vitro*”) tecendo comentários aos principais argumentos lançados pela Corte IDH para determinar a interpretação do direito à vida, especialmente quando este se encontra em conflito com outros Direitos Humanos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Pretende ainda refletir sobre os efeitos que tal interpretação poderá ter sobre o ordenamento jurídico brasileiro, no qual a questão do início da proteção do direito fundamental à vida permanece em debate.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito à vida. Direito à reprodução assistida. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The article aims to analyze the judgment of the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R) on the case Artavia Murillo et al. x Costa Rica (“In vitro fertilization”), commenting on the main arguments put forward by the Court to determine the interpretation of the right to life, especially when it is in conflict with other human rights provided for in the Inter-American Convention. It also intends to reflect on the effects that such an interpretation may have on the Brazilian legal system, in which the question of the beginning of the protection of the fundamental right to life remains under debate.

Keywords: Human rights. Right to life. Right to assisted reproduction. Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

No ano de 2000, os procedimentos da fertilização *in vitro* (FIV) foram proibidos na Costa Rica. A Turma Constitucional da Suprema Corte, órgão máximo responsável pelo controle de constitucionalidade no país, declarou incompatível com a Constituição um Decreto regulamentar do Poder Executivo que autorizava, sob certas condições, o acesso aos procedimentos médicos da técnica da FIV. A decisão atingiu diversos casais, inclusive aqueles que já haviam iniciado o tratamento, mas que, em razão da decisão do Tribunal, tiveram que interrompê-lo.

Em 2001, os casais prejudicados diretamente pela decisão resolveram propor uma demanda perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a qual, após dez anos, em 2011, submeteu a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para julgamento. O caso ficou conhecido como *Artavia Murillo* (em referência a uma das demandantes Gretel Artavia Murillo) e outros vs. Costa Rica (Fertilização *in vitro*) e fora apreciado definitivamente em novembro de 2012.

* Doutoranda em Direito pela PUC/RS (Convênio Dinter com Cesmac/AL). Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Alagoas (Fapeal). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário Cesmac/AL. Maceió –AL – Brasil. E-mail: daniellechaiz@uol.com.br.

** Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor adjunto da Universidade Federal da Paraíba e Coordenador do Curso de Direito da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste - SEUNE em Maceió. Maceió - AL - Brasil. E-mail: basile85@gmail.com.

A decisão provocou intensas discussões ao fixar a interpretação e o alcance do direito à vida, previsto no artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como por estabelecer um precedente sobre o *status* jurídico do não nascido na Convenção. Na verdade, ela se tornou um ícone representativo do ativismo da Corte IDH e um modelo a ser criticado pelos internacionalistas mais conservadores, contrários às técnicas de interpretação e aos princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal nos últimos anos¹.

O artigo pretende traçar alguns comentários relativos à sentença, apresentando os argumentos lançados pelo voto vencedor - seguido pela maioria - e pelo voto dissidente. Busca analisar, especificamente, se a interpretação do art. 4.1 da Convenção conferida pela Corte IDH é compatível com o contexto da sentença e demais argumentos utilizados, bem como procura refletir sobre algumas consequências desse julgamento para os ordenamentos jurídicos da região, em especial para o Brasil. O trabalho se desenvolve a partir da análise documental e doutrinária sobre a referida sentença.

2 Os direitos envolvidos

Para iniciar a análise de mérito, a Corte IDH realiza uma espécie de fundamentação dos possíveis direitos envolvidos relevantes para a solução do caso.

Partindo de dispositivos expressamente previstos na Convenção, nos artigos 7.1. (liberdade pessoal), 11.2 e 11.3 (vida privada), assim como do artigo 1º (vedação de discriminação), e realizando uma interpretação sistemática não apenas da própria Convenção, mas de outros instrumentos jurídicos internacionais, a Corte IDH elenca diversos direitos relevantes para o caso que estão em íntima conexão entre si: o direito à vida privada e familiar; o direito à integridade pessoal; a autonomia pessoal; os direitos reprodutivos; o direito de gozar do progresso científico e o princípio da vedação de discriminação (CORTE IDH, 2012).

A liberdade do artigo 7 deve ser interpretada de forma ampla. Não consiste apenas em poder fazer tudo o que é permitido sem coação estatal, mas também poder designar a si mesmo seus projetos de vida, sua visão de mundo e suas opções de vida.

Já o âmbito de proteção da vida privada, por sua intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, deve alcançar a capacidade de desenvolver de forma ampla a identidade pessoal e de definir suas relações privadas.

Tendo em vista que a maternidade e a paternidade integram o livre desenvolvimento da personalidade, a decisão de ser pai ou mãe, por meio da procriação, por exemplo, inclui-se também na proteção da vida privada. Nesse sentido, há uma relação entre o direito à vida privada com o direito de constituir família, previsto no artigo 17.2 da Convenção, e também com a autonomia reprodutiva e sexual – direitos que asseguram o controle sobre a reprodução e fecundidade –, reconhecida no art. 16 da Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

A falta de acesso a procedimentos médicos, como a Corte IDH pôde verificar em outros julgados, por causar profunda angústia e ansiedade, afeta a integridade psicológica das pessoas. Existe, assim, uma relação intrínseca entre a integridade física e psíquica e os cuidados na área médica, o que impõe ao Estado obrigações positivas que garantam essa integridade.

Para enfatizar a importância dos procedimentos de FIV no alcance da saúde reprodutiva das pessoas com problemas de infertilidade, a Corte IDH cita a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, e a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, de Beijing, em 1995, as quais, respectivamente, definiram o âmbito da saúde reprodutiva e sexual e os denominados direitos reprodutivos. Tais instrumentos - além de considerar as práticas da FIV como meios de se alcançar a plena saúde e a autonomia reprodutiva - determinam que os procedimentos que envolvem a técnica sejam proporcionados pelos Estados participantes, observadas as normas éticas e médicas.

¹ Conferir, por exemplo, Abbott (2015) e Díaz (2013).

Finalmente, a Corte IDH relaciona o direito à vida privada e à autonomia reprodutiva com o direito de gozar do progresso científico, reconhecido pelo art. 15 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, bem como pelo art. 12 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do art. 14.1, “b”, do Protocolo de San Salvador. Dessa forma, do direito de toda pessoa se beneficiar do progresso científico, decorre aquele de ter acesso aos serviços necessários à saúde reprodutiva, como a FIV, vedando-se, assim, interferências desproporcionais nesse acesso (CORTE IDH, 2012).

3 Argumentos da Turma Constitucional Costarriquenha para proibir a FIV

Antes de analisar se a decisão de proibir a FIV na Costa Rica pode ser considerada proporcional em relação à proteção dos direitos acima elencados, a Corte IDH tem de enfrentar os argumentos utilizados pelo tribunal costarriquenho que resultaram naquela proibição.

Segundo a Turma constitucional, os procedimentos da FIV, à medida que podem causar perdas embrionárias, atentam contra a vida e a dignidade do ser humano. Nenhum ser humano pode ser privado de sua vida, nem sofrer ataques indevidos pelo Estado, ou particulares, que venham por em risco sua vida. A titularidade do direito à vida se inicia com a concepção, momento a partir do qual a pessoa já existe e precisa ser tutelada. Tal direito impõe o dever ao Estado e à sociedade de impedir atos que possam causar lesão à vida dos embriões - ainda daqueles não implantados no útero - e dos nascituros.

A Turma afirma que essa tutela é assegurada também por instrumentos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 4.1., ao assegurar que “toda pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado arbitrariamente da sua vida”. Nesse ponto, a Corte IDH - posicionando-se como intérprete última dos dispositivos da Convenção Americana - resolve fixar a interpretação e o alcance do direito à vida previsto neste artigo.

4 Interpretação do artigo 4.1 da Convenção

A Corte IDH entendeu que a decisão da Turma Constitucional acabou por conferir uma proteção absoluta à vida do embrião, o que parece ser incompatível com a interpretação gramatical, histórica, sistemática, evolutiva e teleológica do art. 4.1 da Convenção Americana.

Note-se que, ao realizar tal processo hermenêutico, a Corte IDH recorre a diversos instrumentos, não apenas ao texto convencional, mas a outros documentos não vinculantes, inclusive documentos de outros sistemas de proteção de Direitos Humanos e, sobretudo, utiliza-se de decisões de órgãos jurisdicionais regionais e nacionais (CORTE IDH, 2012).

Em um primeiro momento, há uma preocupação em determinar o significado do termo “concepção” constante no art. 4.1. Segundo o Tribunal, “[...] *el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.*” (CORTE IDH, 2012, par. 187).

O sentido do termo nos dicionários na época em que fora elaborado o texto convencional associa concepção à implantação. Assim, concepção deve ser entendida como nidação –implantação do óvulo fecundado no útero da mulher –, razão pela qual a proteção do direito à vida prevista no art. 4.1 não se aplicaria ao embrião ainda não implantado.

Quanto à expressão “em geral”, que acompanha a segunda parte do artigo 4.1 (“Esse direito será protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção.”), o entendimento da Corte IDH é que uma interpretação gramatical do termo permitiria inferir a possibilidade de se admitir exceções a essa proteção.

A interpretação histórica reforça esse entendimento. Analisando os trabalhos preparatórios da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Corte IDH assinala que foi rejeitado o texto proposto inicialmente com a seguinte redação: “*Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están*

por nacer así como también los incurables, dementes y débiles mentales.” Vários países, como Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú e Uruguai, fizeram ressalvas a essa redação, por entender que ela seria incompatível com a legislação interna permissiva do aborto em determinadas situações.

Já no caso dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana, após ressalvas semelhantes, a redação original (“Esse direito será protegido pela lei desde o momento da concepção.”) passou a incluir a expressão “em geral”.

Dentre os Estados que fizeram ressalvas, estava o Brasil, que sugeriu eliminar toda a frase “em geral, desde o momento da concepção”. Alegou que essa cláusula, além de muito vaga, não impediria os Estados de admitirem o aborto, ainda que em situações excepcionais, e, além disso, iria dificultar o consenso, devendo ser a matéria regulada internamente por cada Estado parte.

Ao final, não foram acatadas as propostas de retirar toda a frase, como sugerira o Brasil, tampouco as propostas que sugeriam a eliminação da expressão “em geral”.

Desenvolvendo uma interpretação sistemática, a Corte IDH reforça ainda mais sua compreensão de que a cláusula “em geral”, prevista no art. 4.1, não assegura proteção absoluta à vida do embrião desde a concepção. Vale ressaltar que o “sistema” considerado consiste no “sistema do direito internacional dos direitos humanos”, o qual pode abranger, para além do texto da Convenção Americana, outros documentos internacionais, vinculantes ou não para os Estados partes, ainda que não integrem o microsistema interamericano.

Procedendo dessa forma, a Corte IDH não identifica em nenhum dos sistemas analisados, universal e regionais (europeu e africano), nenhuma norma ou decisão que venha conferir proteção absoluta à vida pré-natal. Pelo contrário, lista uma série de casos analisados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em que o embrião/feto/nascituro não é considerado pessoa, ou titular de direito à vida de forma autônoma, independente da proteção à mulher grávida.

Dessa forma, da interpretação histórica e sistemática não é possível concluir que o não nascido seja pessoa, ou sujeito de direito, previsto na Convenção.

Para finalizar esse entendimento, a Corte IDH procede à interpretação evolutiva do dispositivo. Como ressaltado em várias outras ocasiões, é confirmada a sua postura em compreender os tratados de Direitos Humanos como instrumentos “vivos”, cuja interpretação deve acompanhar as condições da realidade atual de sua aplicação. A interpretação evolutiva decorreria das regras do art. 29 da Convenção, que autorizam, na percepção da Corte, a utilização de diversos instrumentos de direito comparado, inclusive normas e jurisprudência nacionais².

A interpretação evolutiva, como sublinhado pelo Tribunal, é de especial relevância no caso, porque, à época da elaboração da Convenção, não existia o procedimento de FIV. O fato de a Costa Rica ser o único país que proibiu a técnica na região demonstra, na opinião da Corte, que outros Estados não conferiram proteção absoluta à vida do embrião não implantado, mas, ao contrário, parecem ter compreendido o art. 4.1 da Convenção como uma proteção gradual e progressiva da vida pré-natal a ser implementada conforme o seu desenvolvimento.

Socorrendo-se ainda de decisões nacionais de países diversos, integrantes ou não do sistema interamericano, chega às seguintes conclusões: 1) o embrião não pode ser considerado pessoa para efeitos da proteção do art. 4.1 da Convenção; 2) o termo “concepção” deve ser entendido como implantação do óvulo fecundado no útero, razão pela qual, antes disso, não se aplica a proteção do art. 4.1; 3) a expressão

² Conferir o texto do art. 29: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

“em geral” permite inferir que a proteção da vida do nascituro não é absoluta, mas gradual e progressiva, podendo sofrer restrições quando em conflito com os demais direitos convencionais (CORTE IDH, 2012).

A respeito do item 2, é preciso ressaltar que é uma linha de argumentação que a própria Corte IDH não segue. Embora tenha afastado a incidência do art. 4.1 ao caso em exame, mais adiante, ao aferir se a decisão de proibir por completo a FIV na Costa Rica observa os parâmetros de proporcionalidade, a Corte IDH efetivamente realiza uma ponderação de valores entre os direitos envolvidos e o direito à vida do embrião previsto no art. 4.1.

Ora, se o embrião não implantado não se encontra protegido pelo art. 4.1, porque balancear direitos? Tal contradição é apontada pelo juiz Via Grossio, relator do voto dissidente, como se verá a seguir.

O problema, na verdade, parece estar na diferença que a Corte tenta fazer entre concepção e fecundação, restringindo o âmbito de proteção do art. 4.1 ao momento da implantação do óvulo no útero.

Como ressaltam Miguel e Fajure (2014), se o termo é ambíguo, o recurso ao dicionário não é suficiente para esclarecer seu significado. Utilizando-se do mesmo recurso, o juiz Via Grossio defendeu que o vocábulo concepção também se confundia com fecundação em vários dicionários.

Na visão dos autores, o embrião não existe apenas após a implantação, prova disso é que se pode criar embriões *in vitro*. O fato de ainda não ser possível saber da existência do embrião dentro do útero, a não ser pelo fenômeno da nidação, é uma questão contingente ou técnica: e se a ciência tornasse possível a criação e o desenvolvimento do embrião fora do útero? Não se aplicaria o art. 4.1 da Convenção? (MIGUEL; FAJURE, 2014).

Como sustentam os autores, concepção deve ser mesmo considerada fecundação, momento no qual já existe um ser vivo com um código genético próprio e capaz de desenvolvimento gradual, dadas outras circunstâncias. O embrião não implantado, assim como o nascituro, pela potencialidade em se constituírem pessoas, estão incluídos na proteção legal do art. 4.1, mas é preciso ressaltar que, pela mesma condição de potencialidade, essa proteção, ao invés de absoluta, como se exigiria para com a pessoa nascida, será gradual e progressiva, podendo sofrer restrições quando em confronto com outros Direitos Humanos. Nesse sentido, Miguel e Fajure (2014, p. 97) defendem ser possível se estabelecer:

[...] una diferente protección gradual del no nacido en función de ciertos criterios éticos, como la distinta consideración social de la interacción con embriones preimplantatorios, embriones, fetos viables y ya nacidos, la incapacidad o capacidad de sentir y sufrir, la viabilidad, el nacimiento, etc., sobre los cuales los códigos penales suelen establecer diferencias difíciles de explicar sin acudir a una graduación en la valoración ético-jurídica de las distintas fases de la vida anterior al nacimiento.

Esse parece ser o enfoque adotado no conjunto da sentença que, desmentindo a inaplicabilidade do art. 4.1 ao embrião não implantado, fala em proporcionalidade entre o direito à vida pré-natal e os direitos das mulheres afetadas, como se verá a seguir.

5 Desproporcionalidade das restrições

O Tribunal tem estabelecido que as restrições aos direitos previstos na Convenção devem ser efetuadas por meio de lei e devem observar os parâmetros de proporcionalidade.

Ao realizar o juízo de proporcionalidade ao caso, a Corte IDH opõe os direitos envolvidos que, em sua avaliação, foram profundamente atingidos pela proibição da FIV em território costarricense – direito à vida privada e familiar; autonomia pessoal; saúde reprodutiva; direito de acesso à tecnologia médica disponível para sanar problemas de infertilidade – ao direito à vida do embrião (CORTEIDH, 2012).

Considerando, por um lado, a interpretação dada à cláusula “em geral” do art. 4.1 como proteção gradual e progressiva do direito à vida e, por outro, além dos direitos afetados, os agravantes da situação concreta – como a discriminação por deficiência, por gênero e por condição econômica –, a Corte IDH julga que houve uma interferência desmedida e desproporcional da decisão da Turma Constitucional em

proibir a FIV na Costa Rica. Por se tratar de medida com efeitos discriminatórios, exime-se de analisar os argumentos do Estado acerca de sua livre margem de apreciação para regular a matéria.

6 Reparações

Por cinco votos a favor e um contra, a Corte IDH condenou o Estado da Costa Rica pela violação dos artigos 5.1, 11.2 e 17.2, em combinação com o artigo 1.1 da Convenção Interamericana. No dispositivo da sentença, fizeram constar as seguintes reparações: 1) o Estado deverá adotar o mais rapidamente possível medidas para reverter a proibição da FIV em seu território; 2) deverá regular os aspectos que considerar necessário para a realização de dos procedimentos da FIV; 3) deverá incluir no seu sistema básico de saúde o acesso às técnicas da FIV para pessoas com problemas de infertilidade; 4) deverá custear tratamento psicológico gratuito e imediato às vítimas lesionadas por até 4 anos; 5) deverá implementar programas e capacitação em Direitos Humanos, reprodutivos e vedação de discriminação para servidores judiciais de todos os níveis; 6) deverá pagar as indenizações por danos materiais (no valor de cinco mil dólares) e imateriais (no valor de vinte mil dólares) fixadas (CORTE IDH, 2012).

7 Voto Dissidente do Juiz Eduardo Via Grossio

Os primeiros sinais de que o julgamento no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* iria provocar intensos debates, não apenas no plano doutrinário, mas também no seio político e social dos Estados que integram a região, puderam ser evidenciados no voto dissidente do juiz Via Grossio.

Para o prolator do voto dissidente, o emprego das técnicas utilizadas pela Corte IDH para fixar o alcance dos dispositivos da Convenção vão muito mais além da mera interpretação para conferir ao tribunal uma função normativa, exclusiva dos Estados membros.

Segundo Via Grossio, a perspectiva de abordagem do caso fora invertida pela Corte: o julgamento deveria ter sido direcionado para saber se a decisão da Turma Constitucional violou o art. 4.1 (direito à vida) da Convenção e não se violou os direitos à vida privada e familiar ou liberdade pessoal (CORTEIDH, 2012).

A respeito da interpretação do art. 4.1, o juiz afirma que o dispositivo protege um direito: o direito à vida das pessoas - e não um interesse a ser tutelado – e que, para fins de proteção desse direito, não pode haver qualquer tipo de discriminação entre pessoas nascidas e não nascidas.

A cláusula “em geral”, ao contrário do que defende a Corte, deve ser compreendida no sentido daquilo que normalmente acontece, como comum: “[...] *no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción*” (CORTEI DH, 2012, p.10, voto dissidente). A possível restrição ao direito à vida se encontra na oração “Ninguém pode ser privado da sua vida arbitrariamente”, o que não foi considerado pelo voto vencedor.

O que, na verdade, propõe o juiz é que a cláusula “em geral” seja interpretada como “inclusive”, trazendo a obrigação de proteger a vida, inclusive a partir da concepção. Causa estranheza essa conclusão, porque insiste em um sentido completamente oposto ao da expressão “em geral”.

Outra crítica do juiz Via Grossio refere-se ao fato de que, nesse caso, a Corte IDH se afastou de sua própria jurisprudência, consolidada no sentido de colocar em evidência o direito à vida sobre os demais direitos, proibindo inclusive restrições ao mesmo por considerá-lo tão fundamental.

Aponta também que a Corte IDH incorre em contradição ao afirmar que o art. 4.1. não se aplicaria ao caso, já que o embrião *in vitro* ainda não está implantado no útero para receber a proteção desse artigo, mas, em seguida, resolve fazer uma ponderação entre os direitos à vida privada, liberdade e direito de fundar uma família com o direito à vida do embrião.

Também constituiu alvo de críticas do voto dissidente o uso indiscriminado de instrumentos internacionais que não decorram de acordos celebrados pelos Estados em razão da Convenção. As decisões citadas

pela Corte IDH que não se baseiam em uma norma consuetudinária, ou em um princípio geral do Direito, também não consistem em precedentes para a Corte. O artigo 4.1 que protege o não nascido desde a concepção consiste em uma normativa especial para o sistema interamericano, pois não consta normativa semelhante em nenhum outro sistema.

Para Via Grossio, a tutela do embrião não implantado e do nascituro é autônoma, não se sujeitando apenas a proteger a gestante, por isso que o art. 4.2 proíbe a execução da pena de morte da mulher grávida.

O juiz também se insurge contra a interpretação evolutiva realizada pela Corte IDH que, no seu entender, viola o art. 29 da Convenção, porque acaba por suprimir, excluir ou limitar um direito além do que a própria Convenção permite.

Finaliza seu voto, então, chamando a atenção para os riscos que a Corte assume ao tomar essa decisão: os de usurpar a função política e normativa dos Estados para decidirem sobre questões dessa natureza (CORTE IDH, 2012).

8 Crítica doutrinária

O caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* se tornou um modelo a ser criticado pela doutrina internacionalista não apenas por envolver pronunciamento da Corte IDH sobre dilemas morais tão intensos – como o *status* do nascituro e início da proteção da vida humana –, mas principalmente em razão da visibilidade que a decisão dá aos métodos, técnicas e princípios desenvolvidos pela Corte IDH nos últimos anos.

Muitos críticos da sentença não condenam apenas os resultados a que chegou a Corte IDH, mas os métodos por ela empregados.

Abbott (2015), por exemplo, assinala que algumas decisões da Corte, tal como a decisão em questão, têm mudado completamente as regras do jogo em relação aos parâmetros do Direito internacional dos Direitos Humanos.

Para que a tutela internacional funcione adequadamente, segundo o autor, é preciso ter clareza quanto às normas a que se obrigam os Estados e quanto aos procedimentos a serem utilizados na tutela dos Direitos Humanos convencionados (ABBOTT, 2015).

Os princípios e regras de interpretação que a Corte IDH vem elaborando – como a interpretação evolutiva, o princípio da interdependência dos Direitos Humanos e o princípio do *pro homine*, deixam pouco espaço para a margem de apreciação dos Estados (ABBOTT, 2015).

Já a utilização de diversas fontes para fundamentar os seus julgados – outros tratados internacionais ou regionais, documentos não vinculantes (*soft law*) e jurisprudência de outros tribunais internacionais ou nacionais – torna inútil a lógica da assinatura dos tratados, pois bastaria o Estado assinar um tratado internacional que ele estaria obrigado por todos os outros (ABBOTT, 2015).

Com relação ao controle de convencionalidade, Abbott (2015) afirma que ele representa um "cataclismo" para os ordenamentos jurídicos internos. Por que os Estados estariam obrigados a seguir parâmetros estabelecidos em decisões da Corte IDH das quais não fizeram parte e não puderam se defender? Tal controle promove o princípio da irrelevância do Direito interno, dissemina um monismo jurídico total, tende a eliminar a autodeterminação dos povos e ainda atinge o princípio democrático.

É certo que o autor empreende uma crítica aos resultados a que chega a Corte IDH no caso seguindo em grande medida o voto dissidente do juiz Via Grossio, mas resta bem evidente que sua crítica se dirige, principal e amplamente, contra a atuação da própria Corte IDH nos últimos anos.

Nesse mesmo aspecto, Díaz (2013) acusa a Corte IDH de frequentemente adotar uma atitude "maximalista". No caso *Artavia Murillo*, observa o autor, isso fica evidente: há uma insistência em analisar cada detalhe do caso, busca-se estabelecer regras gerais para casos futuros e estender ao máximo sua jurisprudência. Tal atitude maximalista é contrária à subsidiariedade inerente à função da Corte IDH e

também é manifestamente contrária a posição do TEDH, que mantém postura minimalista, reservando aos Estados uma ampla margem de livre apreciação (DÍAZ, 2013).

Na verdade, como aponta Burgorgue-Larsen (2014), a sentença no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* integra um conjunto de decisões em que a Corte IDH tem se afastado da unanimidade para decisões com votos dissidentes, revelando uma divisão institucional entre progressistas – liderada pelo juiz mexicano Mac-Gregor, que defende o ativismo da Corte IDH em prol da máxima efetividade dos Direitos Humanos – e outra corrente mais clássica – liderada pelo juiz Vio Grossi, defensora de uma atuação mais restritiva, pautada na vontade original dos Estados.

Lembra o autor que a postura mais ativista da Corte IDH se deve em parte ao contexto político de violência institucionalizada no continente latino-americano. A Corte IDH, muitas vezes, teve que se afastar do silêncio da Convenção para combater flagrantes violações dos Direitos Humanos na região. Isto pode ser um dos fatores que explicam o porquê do Tribunal não adotar em seus julgados - ao contrário do TEDH - o princípio da margem de livre apreciação dos Estados, o qual, na visão do autor, no contexto de democracia mais fragilizadas da região, pode até se tornar perigoso (BURGORGUE-LARSEN, 2014).

Embora não seja o caso avaliar qual a postura mais adequada ou legítima a ser adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos neste trabalho, pode-se afirmar que as críticas da doutrina internacionalista ao julgamento do caso *Artavia Murillo*, para além de comentários e acréscimos aos argumentos lançados pelo juiz Via Grossio, revelam, sobretudo, as resistências e as insatisfações para com a atuação mais recente da Corte IDH de forma geral.

9 Alguns possíveis reflexos da sentença na região e no Brasil

A despeito das consequências institucionais e políticas que o dissenso a respeito da decisão no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* poderá causar à região ou ao próprio Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos em longo prazo, alguns efeitos da sentença poderão ainda impactar, em maior ou menor grau, os ordenamentos jurídicos da região, especialmente quanto à questão do aborto.

Em países que internalizaram normativas, ou desenvolveram jurisprudência aceitando o controle de convencionalidade, as normas internas em descompasso com os parâmetros fixados pela Corte IDH nesse caso, e após análise do princípio *pro homine*, poderão ser declaradas inconventionais.

O exercício do controle de convencionalidade poderá resultar no afastamento de normas nacionais que proibam completamente o aborto,³ sem exceções, afetando muitas vezes, desproporcionalmente, o direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das mulheres⁴.

No Brasil, onde o controle de convencionalidade não foi recepcionado nem por meio de normativa expressa nem pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os reflexos da decisão serão bem menos intensos.

Apesar de não ratificar tal controle, o STF adota a teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais e, nesse sentido, os parâmetros estabelecidos pela Corte IDH podem ser utilizados para auxiliar na decisão de questões internas mais polêmicas, como a liberação do aborto no primeiro trimestre de gravidez.

Na verdade, a compreensão da Corte IDH acerca do estatuto do embrião encontra semelhança com a proteção legal do nascituro previsto no Código Civil brasileiro. Sem atribuir-lhe personalidade, o código assegurou-lhe a proteção legal de direitos desde a concepção.

Um estudo sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao estatuto constitucional do embrião/feto parece sinalizar o mesmo caminho seguido pela Corte Interamericana. No julgamento da

3 Nesse sentido também Chía e Conteras (2014).

4 Vale destacar que a temática acerca do aborto em breve poderá ser apreciada pela Corte. Pouco tempo depois do julgamento do caso *Artavia Murillo*, chegou à Comissão Interamericana o caso da jovem Beatriz, nacional de El Salvador. Grávida de feto anencéfalo e portadora de doença autoimune (lúpus discóide), a jovem teve indicação médica para realizar o abortamento, mas as autoridades sanitárias se recusaram a realizar o procedimento. Sobre o caso, conferir Miguel e Fajure (2014).

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510/DF, em 2008, a respeito da possibilidade de se utilizar embriões excedentes da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa científica, o Tribunal fixou a seguinte interpretação:

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS. INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. **Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. **O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.** (BRASIL, ADI 3.510 / DF, p. 2 e 3, grifo nosso).**

No mesmo sentido que a Corte Interamericana no caso *Artavia Murillo*, o STF entendeu que a Constituição protege primeiramente a vida humana de uma pessoa concreta e que, quando se refere à pessoa humana, se dirige ao indivíduo-pessoa, acolhendo, assim, a ideia de que nem o embrião nem o feto seriam pessoas no sentido constitucional.

Por outro lado, o Tribunal brasileiro também confirma o entendimento de que a proteção da vida antes do nascimento poderá receber diversos graus de proteção pelo legislador infraconstitucional.

Outro importante precedente sinalizador da ideia de “proteção gradual e progressiva” da vida humana encontra-se no julgamento do aborto dos fetos anencéfalos, realizado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.54, em 2012. Por maioria de votos (7x2), o Tribunal entendeu que seria inconstitucional interpretar a interrupção da gravidez do feto anencéfalo como conduta típica do crime de aborto.

Interessante assinalar que seis, dos sete ministros que votaram pela constitucionalidade da interrupção da gravidez em caso de anencefalia, concordaram que só há vida a ser protegida pelo Direito quando presente a atividade cerebral (Ministro Relator Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Luiz Fux, Ministra Carmén Lúcia e Ministro Celso de Melo). Interpretaram, a *contrario sensu*, a legislação sobre transplantes no país – Lei n. 9437/97- que fixa a ausência da atividade cerebral como o momento da morte encefálica.

Observando-se os fundamentos dos votos vencedores, não há como negar que se formou um importante precedente em relação à tutela da vida humana: outros critérios (como a presença de atividade cerebral), e não apenas a concepção, passam a integrar a extensão do direito à vida do não nascido, especialmente quando em conflito com outros direitos também tão fundamentais, como os da mulher que o carrega no ventre.

Mais recentemente, em seu voto vista no Habeas Corpus 124.306/RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso retoma o tema do estatuto jurídico do embrião em face da autonomia da gestante em interromper a gestação.

Ao apreciar o pedido de relaxamento de prisão de uma mulher e de seu médico, responsabilizados pela prática do aborto consentido, o Ministro desconstituiu a prisão cautelar de ambos não apenas por motivos técnicos (ausência de pressupostos), mas principalmente porque considera incompatível com a ordem constitucional a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação.

Embora em seus argumentos o Ministro não faça remissão à sentença da Corte IDH nos casos *Artavia Murillo vs Costa Rica*, nem se refira expressamente a algum tipo de controle de convencionalidade, seu raciocínio segue em grande medida o percurso argumentativo trilhado pela Corte Interamericana.

Apesar de não deixar muito claro em qual critério se apoia para fixar o início da proteção do direito à vida, o Ministro parece entender que a vida do feto “em sentido pleno” somente ocorre após o terceiro semestre de gestação:

21. Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. **De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência –o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação –não é possível ainda falar - se em vida em sentido pleno.** (BRASIL. Habeas Corpus 124.306/RJ, Voto-vista do Ministro Roberto Barroso, p.8, grifo nosso).

Dessa forma, a formação do sistema nervoso central – dada no primeiro trimestre de gestação – torna-se o limite estabelecido pelo Ministro para fixar o início da proteção da vida e se constitui no marco temporal utilizado na interpretação conforme dos artigos 124 a 126 do Código Penal, que retira da incidência da tipificação penal o aborto consentido realizado nessa fase da gestação.

No entanto, à semelhança do que ocorreu com a Corte Interamericana na sentença *Artavia Murillo vs Costa Rica*, o Ministro realizou uma ponderação de bens entre a proteção da vida do feto (se não há vida antes dos três meses, porque a ponderação?) e os direitos da mulher: autonomia; privacidade; integridade física e psíquica; direitos sexuais e reprodutivos; igualdade de gênero e vedação de discriminação. Em suas palavras:

45. **De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.** Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. (BRASIL. Habeas Corpus 124.306/RJ, Voto-vista do Ministro Roberto Barroso, p.16, grifo nosso).

Os argumentos do Ministro Roberto Barroso, seguido em seu voto vista pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, certamente serão revisitados, contestados ou ratificados pelo Plenário, que terá que se manifestar sobre o tema em breve, por ocasião do julgamento da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 442.

10 Conclusão

As consequências do julgamento do caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* superaram de longe os efeitos das sanções e direitos atribuídos às partes envolvidas. De um lado, a sentença reforçou a postura “maximalista”, ativista e progressista da composição majoritária da Corte IDH atualmente e, por outro, congregou um número considerável de críticos que a acusam de, por meios de suas técnicas e métodos de interpretação, estar modificando completamente as regras do jogo em Direito internacional público.

Demonstrou ainda, pelo voto dissidente do Juiz Via Grossio, uma tendência ao afastamento das decisões por unanimidade e uma cisão política crescente entre seus membros, o que, no futuro, poderá ser acirrada pelo embate entre a corrente progressista e a conservadora.

A despeito dos efeitos políticos, a sentença no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* fornece parâmetros para o enfrentamento de questões polêmicas - como o estatuto jurídico do embrião humano - postas em debate em alguns Estados partes e que, durante muito tempo, foram impedidas de entrar em pauta em razão da tradição conservadora latino-americana.

No Brasil, a sentença no caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* se alinha à legislação e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e seus parâmetros poderão ser bastante úteis em outras discussões internas que envolvam os não nascidos, como a seleção genética de embriões pré-implantados e o aborto voluntário nas primeiras semanas de gestação.

Referências

ABBOTT, Max Silva. El caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n.6, p. 13-21, abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510 / DF. Min. Relator Ayres Brito. **Diário de Justiça eletrônico**, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 29/11/206. **Diário de Justiça eletrônico**, 17 mar. 2017. Voto-vista Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n.1, p. 105-161, 2014.

CHÍA, Eduardo A.; CONTERAS, Pablo. Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n.1, p. 567-585, 2014.

DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana *in vitro*: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, v. 2, p. 303-345, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208087> Acesso em: 10 nov. 2016.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; FAJURE, Alejandra Zunica; DERECHO a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos "ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA". **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n. 1, p. 71-104, 2014.

CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") Vs. Costa Rica**. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf> Acesso em: 20 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 20 out. 2016.

Recebido em: 13/07/2017

Aprovado em: 04/05/2018