XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LETÍCIA ALBUQUERQUE

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Letícia Albuquerque, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-210-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. 3. Direito dos Animais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

A edição do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrida em Brasília, em julho de 2016 consolida o Biodireito e o Direito dos Animais como áreas de ampla produção acadêmica em programas os mais diversos, em todos os quadrantes do país.

O grande interesse demonstrado pelos pesquisadores em estudar temas dessas áreas encontrou, nas sessões do Grupo de Trabalho realizadas no evento, uma enorme receptividade e oportunidade de discussão.

A obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento.

Diversamente do ocorrido em edições anteriores, na atual obra constatamos uma diversidade temática tal, incapaz de propiciar um bloco de interesse específico dos pesquisadores, senão que estamos ampliando, cada vez mais, o alcance do Direito nos temas discutidos.

Apresentamos, assim, os trabalhos desta edição.

O trabalho intitulado “A MORTE DIGNA EM PACIENTES TERMINAIS POR MEIO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL”, de autoria de Janaína Reckziegel e Beatriz Diana Bauermann Coninck, aborda dados historiais e a partir daí, procura oferecer suporte teórico apto a distinguir-se a eutanásia e o suicídio assistido. Ocupa-se, ainda, da ortotanásia para defini-la como uma forma digna de morrer. Examina os cuidados paliativos na realidade brasileira, e procura responder de que maneira a morte de pacientes terminais tem ocorrido no Brasil, fazendo uso do método dedutivo de abordagem qualitativa.

Os autores Valmir César Pozzetti e Lais Batista Guerra trabalham “A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE UM CÓDIGO DE ÉTICA ALIMENTAR E DE UMA LISTA NEGRA PARA O MAU PRODUTOR DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS”. Após afirmarem que os alimentos transgênicos, criação da engenharia genética, foram introduzidos no mercado consumidor ao arrepio do Principio da Precaução, concluem que é possível criar um Código de Ética e uma lista negra para tipificar o produtor que cause prejuízos à sociedade.

Trazendo em seu título já anunciada a circunstância de que o trabalho é realizado em atividade comparativa entre o sistema brasileiro e o suíço Gabriela Franziska Schoch Santos Carvalho e Rafael Speck de Souza identificam no texto “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA SUÍÇA: ASPECTOS LEGAIS COMPARADOS” normas constitucionais em ambos os países que se referem à defesa do direito dos animais e, em seguida, buscam analisar normas infraconstitucionais, de natureza federal, aptas a gerarem essa efetiva proteção.

Patrícia Farias dos Santos se debruça, em seu texto “A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, ASPECTOS JURÍDICOS E A CONTROVÉRSIA JURÍDICA EM RELAÇÃO A IDENTIDADE DO DOADOR”, sobre alguns aspectos controvertidos a respeito da reprodução assistida heteróloga, em especial a questão relacionada entre o sigilo da identidade do doador e o direito ao conhecimento da identidade genética. Ao fazê-lo, procura realizar uma análise das normas legais aplicáveis no Brasil e o entendimento dos tribunais pátrios.

Carlos Augusto Lima Campos brinda seus leitores com um trabalho no qual procura analisar o discurso de profissionais da área de saúde no estado de Santa Catarina sob o título “ANÁLISE DO DISCURSO RELIGIOSO À LUZ DA ÉTICA MÉDICA: O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA ARGUMENTATIVA”

O tema sobre “AS (IN) CERTEZAS DA TECNOCIÊNCIA E O DIREITO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA” é explorado por Ester de Carvalho em estudo que pretender entender, com base na interdisciplinaridade que o tema exige e nos preceitos Bioéticos, as dificuldades afetas à resolução de conflitos tecnociêntíficos em tempos de (in) certeza. Procura demonstrar o alcance da tecnociência, dada a velocidade das modificações que propõe, e o que a autora entende como dificuldade intrínseca das ciências jurídicas em fortalecer seus institutos de 'dever ser' em situações de risco e escassez de certezas.

O direito a ter filhos, a intimidade genética e a indevida ingerência do Estado alcançando esfera eminentemente privada, foi o tema trazido por Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela e Maria Cristina Paiva Santiago em seu texto “ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DO EMBRIÃO IN VITRO: CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA”.

Tema sempre presente em outras edições do CONPEDI, a maternidade por gestação substituta ganhou colorido especial quando abordada a questão referente à nacionalidade do

nascido no exterior, em decorrência da técnica no texto de Florisbal de Souza Del Olmo. Sob o título "BARRIGA DE ALUGUEL NO EXTERIOR E A AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA".

Em "BIODIREITO, ANIMAL DE ESTIMAÇÃO E EQUILÍBRIO FAMILIAR: APONTAMENTOS INICIAIS", Tereza Rodrigues Vieira traça um panorama acerca da relação dos animais de estimação no âmbito familiar através das discussões levadas ao judiciário sobre a situação jurídica destes animais. Para a autora, em razão da vulnerabilidades dos animais, as soluções jurídicas adotadas nesses casos devem sempre considerar o bem-estar animal.

Mariana Carolina Lemes e Patrícia Nunes Lima Bianchi, abordam a questão dos ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGMS) E A ATUAL POLITICA BRASILEIRA PARA O TEMA, ressaltando os dez anos da edição da Lei n° 11.105/2005 sobre o tema.

Diego Fonseca Mascarenhas e Debora Simões Pereira, em "DIREITO HUMANO AO BOM USO DA CIÊNCIA NA PESQUISA FARMACOLÓGICA: CRITICAS AO MÉTODO CIENTIFICO E DO PODER SOBRE O CORPO" problematizam a questão da possibilidade de desenvolvimento do direito humano a uma boa ciência ou um bom desenvolvimento da ciência, por meio do direito alinhavado à bioética, analisando a conjuntura mercadológica dos fármacos. Os autores abordam ainda questão da violência sobre os direitos fundamentais realizada pela indústria farmacêutica e discutem o enquadramento do direito e da democracia como elementos de proteção aos direitos fundamentais.

Suelen de Souza Fernandes aborda o cenário das normas brasileiras quanto aos animais não humanos e sua relação com os animais humanos, bem como a não efetividade do texto constitucional sobre a proteção dos animais não humanos, no artigo "DIREITOS ANIMAIS E A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL". Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Beatriz Souza Costa em "EU QUERO IR PARA O CÉU? O CASO DE JULIANNA SNOW", apresentam através do caso da menina norte-americana Julianna Snow o importante debate sobre capacidade, vulnerabilidade e autonomia privada.

Vera Lucia da Silva e Marcelo Saccardo Branco, em "LIMITAÇÕES JURÍDICAS À EXPERIMENTAÇÃO NO NOVO ESTATUTO DOS ANIMAIS" discutem a questão da

experimentação animal a partir de dois pontos principais: primeiro, uma abordagem teórica do biodireito e da bioética; e, depois, através da analise da Lei Arouca e do Projeto de Lei que visa alterar a Lei Arouca, atualmente em tramitação no Senado Federal.

Isabele Bruna Barbieri e Paulo Roney Ávila Fagúndez em “BIODIREITO E A POLUIÇÃO INVISÍVEL: INTRODUÇÃO À COMPLEXIDADE” apresentam uma análise e reflexão sobre a importância do pensamento complexo para avaliar as diversas formas de poluição invisível, a fim de que o biodireito e a bioética atuem para melhor regulamentar os direitos humanos fundamentais, à vida, à saúde, à dignidade do homem e das demais formas de vida.

Riva Sobrado De Freitas e Daniela Zilio investigam a possibilidade de que o direito à autonomia do paciente terminal possa alicerçar um possível direito à morte digna no artigo intitulado “O DIREITO À MORTE DIGNA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL”.

Em “O PARADOXO ENTRE A AUTONOMIA E A BENEFICÊNCIA NAS QUESTÕES DE SAÚDE: QUANDO O PODER ENCONTRA A VULNERABILIDADE”, Mônica Neves Aguiar da Silva apresenta uma proposta para equilibrar o respeito pela autonomia e o princípio da beneficência, de modo a afastar o paternalismo forte ou radical.

Em “O PRINCIPIO BIOÉTICO DA AUTONOMIA ANTE O RISCO DE TESTES DE MEDICAMENTOS REALIZADOS EM SERES HUMANOS”, Gustavo Oliveira e Larissa Schuller buscam, através do Princípio da Autonomia, enfatizar que a Teoria do Risco deve ser empregada com cautela no tocante ao uso de medicamentos em seres humanos, uma vez que o desenvolvimento científico deve estar a serviço da preservação da vida com dignidade. Trazem uma abordagem histórica sobre o uso de medicamentos em seres humanos, sem o consentimento esclarecido destes e, à luz dos princípios Bioéticos, da legislação nacional e internacional, e da Teoria do Risco (Ulrich Beck), concluem que a liberdade de escolha não é absoluta; eis que deve haver um equilíbrio entre tais institutos e o princípio da Dignidade da pessoa humana.

Já Heron Gordilho e Raíssa Pimentel, fazem uma análise sobre o status moral e jurídico que as correntes da filosofia ambiental reivindicam aos animais e à natureza. Em “OS ANIMAIS, A NATUREZA E AS TRÊS ECOFILOSOFIAS”, buscam fundamentar seus argumentos no texto Constitucional e na Teoria da “Ecologia Profunda”, proposta por Arne Naess (1.973). Concluem que o estudo é extremamente relevante, pois sem a natureza e sem os animais, não haverá vida no planeta e propõem a concretização de uma disciplina nos cursos de Direito, intitulada “Direitos dos Animais”, bem como a construção de uma Ética Animal.

Em “PATRIMÔNIO GENÉTICO : UMA ABORDAGEM CONCEITUAL INTERDISCIPLINAR E ANÁLISE COMPARATIVA DOS MARCOS REGULATÓRIOS BRASILEIRO E SUÍÇO”, Nathalia Brito e Émilien Reis abordam, primeiramente, o acesso como a repartição do patrimônio Genético, no Direito Comparado (Brasil x Suíça), definindo, inicialmente, o que seria Patrimônio Genético e sua composição, para depois discorrer sobre a titularidade e acesso a esse patrimônio. Destacam a proteção jurídica no Brasil, bem como na suíça e, finalizam concluindo que o Patrimônio Genético não é apenas um elemento constituinte dos seres vivos, mas compreende também : processos, substâncias e informações que podem ser utilizados pelo ser humano e que, dessa forma, a tutela do Patrimônio Genético precisa superar conflitos, buscando como norte, as diretrizes do Protocolo de Nagoya, principalmente no tocante à repartição de benefícios e transferência de tecnologia.

Célia Alcântara Lima, em “PESQUISA EM SERES HUMANOS: PERSPECTIVAS ATUAIS NO BRASIL” aborda a normatização Ética na experimentação em seres humanos no Brasil, através do CONEP. Para isso, faz uma análise dos Princípios Internacionais da Bioética buscando nestes, subsídios teóricos para a regulamentação brasileira. A autora, depois de um escorço histórico, analisa as infrações éticas ocorridas destacando o marco regulatório de pesquisas em seres humanos no Brasil e a atuação do CONEP, as diretrizes da Lei de Biossegurança (11.105/2005) e a necessidade de se aprovar o PL nº 200/2015 de propositura do Senador Aloysio Nunes Ferreira que prevê mudanças que gerarão maior proteção dos seres humanos.

Já Fernanda Medeiros e Giovana Hess tratam, em “PROTEÇÃO JURÍDICA AOS ANIMAIS NO BRASIL: REFLEXOES ENTRE O DECRETO Nº 24.645/34 E O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 351/15”, do conteúdo do PL Nº 351/15, que visa alterar o Código Civil, para descaracterizar os animais como coisa e incluí-los como bens. Fazem um escorço histórico e legislativo do assunto até os dias de hoje, concluindo que o PL é um retrocesso legislativo, vez que todo ser vivo hodiernamente passa a ser sujeito de direito e de proteção estatal e, conforme artigo 225 da CF/88, deve ser, a eles, atribuída a “dignidade”, tendo em vista sua integração junto aos seres humanos.

Anna Rettore e Maria de Fátima Freire Sá, em “REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS NASCIDAS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL”, tratam, com clareza e robustez, do registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição no Brasil, onde não há legislação protetiva; o artigo faz uma comparação com o direito Espanhol e analisa, no Brasil, a Resolução nº 2.121/2015 do CRM e o Provimento nº 52/2016 do CNJ, como únicos amparos legais para assegurar a dignidade a essas crianças.

Em “TRANSPLANTE E ANIMAIS: QUESTÕES ÉTICAS E NORMATIVAS”, Mary Chalfun traz uma reflexão sobre a “coisificação” da vida não humana, no tocante ao uso indiscriminado de animais que serão utilizados para transplantar seres humanos. Faz uma reflexão sobre qual vida é mais importante: de humanos ou de não humanos ? Faz uma digressão sobre a valorização da vida dos animais e sobre a ética e fundamenta o seu discurso na Ética e Biodireito, provocando o enfrentamento da problemática: é possível a evolução da medicina em prol da saúde humana com desrespeito à vida de animais não humanos?

Fernanda Cardozo e Patrícia Marcheto, em “ZIKA VÍRUS, MICROCEFALIA E ABORTO: O PAPEL DA BIOÉTICA PERANTE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, O DIREITO À VIDA E À SAÚDE”, enfrentam a problemática do aborto em relação aos fetos acometidos pelo Zika Vírus, comparando-os aos fetos Anencéfalos (objeto da ADPF nº 54) e, com fundamento no Princípio da Autonomia e do dever do Estado em garantir a saúde, concluem que é possível descriminalizar o aborto do feto, em casos de Microcefalia.

Finalizando, Danielle Espinoza em “DÁ-ME TEU TESTE GENÉTICO E TE DIREI QUEM ÉS – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DADOS GENÉTICOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA.”, a autora Danielle Espinoza analisa a tutela constitucional da proteção de dados biológicos do individuo no âmbito do “direito à identidade genética”. Discorre, dentre outras situações, sobre a impossibilidade de um futuro e provável empregador acessar o banco de dados genético de uma candidato a emprego e, após conhecer sua constituição genética, negar-lhe o emprego. A autora destaca que o “Direito” deve regulamentar a inovação tecnológica e o progresso cientifico à fim de evitar a “discriminação genética”, uma vez que se a discriminação genética não for vedada pela normas jurídicas, empregadores, planos de saúde, seguradoras, etc..., podem utilizar os “bancos genéticos” à prejuízo do indivíduo.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Biodireito e Direito dos Animais, o que nos leva a concluir que as reflexões jurídicas, nessa obra, são contribuições valiosas no tocante a oferta de proposições que assegurem Direitos aos Animais Humanos e Não Humanos. Reflexões estas que devem ser levadas ao conhecimento de todas as Nações, uma vez que o homem não vive só, mas em harmonia com os demais seres, sendo imprescindível discutir e assegurar direitos, não só do homem, mas dos animais não-humanos.

Desejamos, pois, uma excelente leitura a todos.

Profª Drª Letícia Albuquerque

Profª Drª Mônica Neves Aguiar da Silva

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DO EMBRIÃO IN VITRO: CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

ETHICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE FERTILIZATION IN VITRO: CASE ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela
Maria Cristina Paiva Santiago

Resumo

O presente artigo analisou o Caso Fecundação in vitro vs. Costa Rica, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob a perspectiva da bioética e do direito. Para isso, as teorias sobre o início da vida foram abordadas, assim como o debate teórico do imperativo kantiano e da sociedade de risco de Beck,com o fim de proporcionar a discussão sobre a dignidade humana e dos riscos das pesquisas em biotecnologia e genética. Para a CorteIDH, a proibição da fecundação in vitro era discriminatória e violava o dever de não ingerência arbitrária na vida privada e na formação da família.

Palavras-chave: Bioética, Fecundação in vitro, Corte interamericana de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the Case Fertilization in vitro vs. Costa Rica, judged by the Inter-American Court of Human Rights, from the perspective of bioethics and law. For this, the theories about the beginnings of life were discussed, as the theoretical debate of the Kantian imperative and the Beck's risk society, in order to provide the discussion on human dignity and risks of research in biotechnology and genetics. For the IACHR,to prohibit fertilization in vitro in Costa Rica was discriminatory and violated theduty of not arbitrary interference in private life and the right of family’s formation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bioethics, Fertilization in vitro, Inter-american court of human rights

1 INTRODUÇÃO

As discussões éticas das pesquisas científicas, sobretudo, no âmbito das ciências médicas, alcançaram as altas cortes de Justiça interna e internacional. Após a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) ter a constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de dispor sobre pesquisa das células tronco embrionárias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos discutiu a técnica da fecundação *in vitro* e foi provocada a responder questões como início da vida, condição humana dos embriões, situação jurídica dos embriões excedentários e outras que permeiam o atual estágio da evolução científica sobre o tema.

Este artigo, então, discute o Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica, decidido, em 2012, pela Corte Interamericana, que compeliu a Costa Rica a criar meios de permitir a técnica de reprodução assistida em seu país. Embora a Costa Rica ainda não tenha aprovado a lei regulamentadora da técnica, a decisão da Corte Interamericana surpreendeu por ter realizado o recorte social da questão, abandonando argumentos metafísicos e detectando a situação discriminatória da proibição.

Diante disso, o objetivo da pesquisa consiste em analisar o caso Fecundação *in vitro* vs. Costa Rica, sob o aspecto ético e filosófico, agregando as discussões em torno do início da vida e da condição humana ou não do embrião. Para isso, foi utilizado o método hermenêutico, na medida em que foi feita análise jurisprudencial do caso. Além disso, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e documental, discutindo o tema à luz da filosofia kantiana e da sociedade do risco de Beck.

Somado ao discurso filosófico, foi necessário definir o procedimento médico da fertilização *in vitro*, para se chegar aos embriões excedentários. Com isso, as teorias sobre o início da vida e o momento da concepção foram mencionadas, verificando, assim, que a polêmica existente em torno da técnica de reprodução assistida pode ser situada a partir da discussão sobre o momento em que o embrião pode ser considerado vida humana.

2. QUESTÕES BIOÉTICAS DA FECUNDAÇÃO *IN VITRO*

A bioética amadureceu como ramo da filosofia, em particular, da ética, praticada sobretudo na medicina, em defesa da dignidade humana e a qualidade de vida (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 2007, p. 14). Com os avanços científicos e com as possibilidades de

descobertas através do experimento, limites à pesquisa tiveram que ser impostos, de modo que o sacrifício e o sofrimento humano fossem evitados, mesmo quando necessários aos fins da ciência. Nesses termos, a bioética adentrou temáticas em que não há consenso moral, para delimitar até que ponto o pesquisador pode avançar nas pesquisas científicas.

Apesar dos benefícios que os avanços tecnológicos anunciam, as normas éticas assumem o papel de frear experimentos que causem riscos à saúde humana. Visam, de fato, impedir a descoberta a qualquer custo, de modo que o pesquisador não utilize meios não éticos para suas finalidades. Nesse sentido, é preciso regular até que ponto o homem pode ser utilizado como instrumento de pesquisa científica, tendo em vista sua condição de fim em si mesmo.

A preocupação com a ética da pesquisa envolvendo biotecnologia, genética, células tronco, se acentuou após vir à tona a barbárie nazista. Em meados do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a civilização ocidental se deparou com as notícias de que seres humanos eram utilizados em experiências científicas, como meio para os fins da pesquisa, algo incompatível com a dignidade humana.

Ficou evidente que a pesquisa biomédica moderna exigia dos cientistas produtividade e originalidade. Nesse cenário, os cientistas se depararam com o "material humano" disponibilizado pelo Estado nazista, que foi manipulado em nome dos avanços da ciência moderna (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 2007, p. 28). Por essa razão, a bioética se firmou, não só para buscar o bem-estar da humanidade, mas, também, para garantir que a pesquisa não ultrapasse a linha tênue entre o avanço científico e o desrespeito à dignidade humana.

2.1 Imperativo kantiano

No campo filosófico, o momento pós-Guerra proporcionou o resgate à moral kantiana, segundo a qual a existência do ser humano tem, em si mesmo, valor absoluto. Para Kant (2008) não importa se o fim é bom ou razoável, a questão é o que foi preciso ser feito para consegui-lo. Sob tal perspectiva, não é possível dispor do homem como meio para alcançar outro fim, pois os seres racionais, de modo geral, representam a ação objetivamente necessária por si mesma, sem referência a outro fim.

Com essa máxima, Kant pretendeu trazer uma premissa universal, na medida em que abrange todos os seres racionais. Segundo Kant (2008, p. 114),

> (...) o homem e em geral todo ser racional *existe* como um fim em si mesmo, *não simplesmente como um meio* para ser utilizado discricionariamente por esta ou aquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem que ser considerado sempre *ao mesmo tempo como um fim* (tradução da autora).

Esse entendimento de que o homem é fim, nunca simplesmente meio, germinou a ideia sobre a dignidade humana. Isso explica a preocupação com a utilização de seres humanos em pesquisas científicas e a polêmica em torno técnica de fertilização *in vitro,* tendo em vista que o embrião, possuindo condição humana, jamais poderá ser considerado instrumento, pois é fim em si mesmo. Ao lado do debate sobre o início da vida, se no momento da fecundação ou no momento em que é implantado no corpo da mãe, surge a discussão sobre a condição humana dos embriões e da dignidade que supostamente possuem.

Como se verá adiante, a técnica da fecundação *in vitro* permite a pesquisa e terapia de células troncos embrionárias. Porém, leis internas e tratados internacionais[1] proíbem o manejo do embrião para manipular as características da pessoa a ser gerada, bem como a utilização da técnica para realização de pesquisa de clonagem humana.

2.2 Sociedade de risco e sociedade do medo

A chegada da pós-modernidade, agregada aos avanços tecnológicos, tem estampado o medo do desconhecido no rosto das pessoas (BITTAR, 2009, p. 153). Há um sentimento de desconfiança diante de transformações que agregam riscos e inseguranças e causam a necessidade de retorno ao que era estável. Por essa razão, a proibição da técnica da fecundação *in vitro* chegou a ser proibida, diante dos riscos que supostamente traziam para a vida humana[2].

Esse sentimento foi previsto por Beck (2013), o qual anunciava as transformações da pós-modernidade como riscos e inseguranças e até possível autodestruição coletiva através da exploração pelo homem das biotecnologias. O desenvolvimento científico, segundo Beck (2013), é contraditório na medida em que busca solucionar os riscos e, ao mesmo tempo, é fonte que origina problemas. O risco é notável sob a perspectiva de que “tecnologias de ponta

[1] Exemplos: Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina de 1999 e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005.

[2] Conferir, no Capítulo 4: a Costa Rica, por meio de decisão da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça, proibiu, em seu país, a técnica da fecundação in vitro, por violar o direito à vida.

– genética, nanotecnologia e robótica – estão abrindo a nova caixa de Pandora" (tradução da autora) (BECK, 2009, p. 20).

Especificamente sobre a tecnologia genética, Beck (2009, p. 9-10) alerta que todos os casais que optam por utilizar a técnica, visando a prevenção de doenças, irão se deparar com a rejeição de crianças potenciais portadoras de um "gene de risco", realizando a verdadeira "seleção genética". Para o autor, o risco de segregação aumenta quando a intervenção pré-embrionária se preocupa mais com preferências e preconceitos do que com a prevenção de doenças. Além disso, não se sabe as consequências no futuro que poderão advir dessa intervenção na saúde das crianças geradas.

Com os avanços tecnológicos sem precedentes, observa Silva Sánchez (2001, p. 27), surgem as consequências negativas como os riscos gerados pelas decisões tomadas pelos próprios homens diante do uso desses avanços. Esses riscos estão ligados ao mundo competitivo que exige o manejo desenfreado das pesquisas tecnológicas, biológicas, genética, nucleares, dentre outras.

Para Silva Sánchez (2001, p. 32), "uma das características mais importantes da sociedade da era pós-industrial é o sentimento geral de insegurança, ou seja, o surgimento de uma forma particularmente aguda da vida em risco" (tradução da autora). Dessa forma, pode-se constatar que Isso quer dizer o desconhecimento a respeito dos efeitos nocivos da utilização de tecnologias gerou a "sociedade do medo" e, por consequência, a demanda pública por normas de controle social.

Em razão disso, normas éticas foram estabelecidas visando controlar os riscos da pesquisa em embriões humanos. Para compreender a necessidade dessas normas éticas regulamentares, é preciso conhecer a técnica da fertilização *in vitro,* as polêmicas que a permeiam e o tratamento legal no Brasil, como experiência legislativa interna. Na sequência, a técnica deve ser analisada sob o ponto de vista das normas internacionais dos direitos humanos, com a discussão da decisão da Corte Interamericana, no Caso Fecundação in vitro vs. Costa Rica.

3 TÉCNICAS PARA DRIBLAR A INFERTILIDADE

Nas mulheres, danos irreparáveis nas trompas de falópio ou sua ausência, processos inflamatórios severos que acometem os ovários e outros fatores, podem causar a sua infertilidade. Da mesma forma, nos homens, doenças que impedem a produção normal de

espermatozoides exigem a utilização de técnicas de reprodução artificial para geração de filhos biológicos. Diante dessas deficiências, as pesquisas científicas chegaram aos meios de driblar a infertilidade, através das técnicas de reprodução assistida, que englobam a fecundação *in vitro*, ou seja, fora do ventre da mulher.

A infertilidade atinge cerca de 20% da população, homens e mulheres, sendo que, nos homens, a varicocele é a principal causa e, nas mulheres, obstrução das duas trompas e problemas graves de ovulação (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 2007, p. 297). Somado a isso, nas mulheres, a possibilidade de gravidez diminui com a avanço da idade. Em dadas situações, somente com o recurso das técnicas de reprodução assistida, será possível conceber filhos.

Steptol e Edwards, em 1978, desenvolveram a técnica da fecundação *in vitro*. A partir deles, o uso dessa técnica passou ao domínio público e milhares de casais inférteis superaram a impossibilidade de reprodução natural (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2015). Com a difusão do conhecimento sobre a técnica, surgiram os debates filosóficos, religiosos e legais sobre o tema. Por isso, foi necessário regulamentar, sob o ponto de vista ético, a maneira pela qual poderia avançar a pesquisa tecnológica que deve ser atrelada ao bem comum.

Essa discussão ética do procedimento da fecundação *in vitro* se deve à manipulação do embrião em laboratório, o congelamento dos embriões não implantados e seu eventual descarte. Compreendendo que o embrião possui condição humana, o mesmo é dotado de direitos humanos, dentre eles, o direito à dignidade. Nessa perspectiva, a técnica utilizada na fecundação *in vitro* viola esses direitos.

3.1 Teorias sobre o início da vida

Na fecundação *in vitro*, a mulher é estimulada por hormônios a produzir vários óvulos, os quais serão posteriormente aspirados, pela via transvaginal. Esses óvulos são colocados em recipiente que simula o fluido tubário. Nesse ambiente, os óvulos terão contato com os espermatozoides formando, assim, os embriões que serão transferidos ao útero. Essa técnica é possível porque nos três primeiros dias após a fecundação, o embrião permanece no fluido da trompa de falópio. Entre o terceiro e o quarto dia, o embrião já está com oito a doze células, quando irá navegar pelo útero por mais três dias até entrar em contato com os tecidos da mãe, em um processo chamado nidação. Essa independência celular entre o embrião e os tecidos da

mãe, durante os três dias, tem permitido a fertilização *in vitro* (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2015).

Isso quer dizer que a nidação ou implantação do embrião só ocorre após aproximadamente seis dias, desde sua fecundação. Até esse momento ocorrer, o embrião não foi implantado, ou seja, não entrou em contato com os tecidos maternos. Caso não haja o contato, o embrião não conseguirá sobreviver, pois não receberá os nutrientes necessários. Mesmo introduzido nas trompas, esse embrião fecundado *in vitro* poderá deixar de nidar, pois poderá ser rejeitado pelos tecidos maternos. Da mesma forma, embriões fecundados naturalmente também podem ser rejeitados pelos tecidos da mãe.

Diante dessa distinção entre o momento da fecundação e da implantação, os doutrinadores se dividem quanto ao início da vida ou momento da concepção. Pelo que se depreende da corrente doutrinária de Zegers-Hochschild, a concepção se dá apenas nos casos em que o tecido materno recebe o embrião, que ocorre dias depois da fecundação. De modo diverso, para outra corrente, a fecundação e concepção se dão no mesmo momento, isto é, quando o óvulo é penetrado pelo espermatozoide.

De acordo com essa segunda corrente doutrinária, a concepção coincide com a fecundação. Desse modo, a resposta para a pergunta "quando começa a existência de uma pessoa?" é no momento de sua concepção. "No momento em que, através da fecundação, os 23 cromossomos do pai se unem aos 23 da mãe, contamos já com toda a informação genética necessária e suficiente para que possam expressar todas as qualidades inatas do novo indivíduo" (LEJEUNE, 1983, p. 44). Para essa segunda corrente, a ideia de que o início da vida humana ocorre com a fecundação não é uma questão de crença, mas uma verdade experimental.

Nesse sentido, a vida de um ser humano começa quando uma nova célula distinta do óvulo e do espermatozoide começa a existir. Isso significa que, para a segunda corrente, a vida se inicia quando surge o zigoto, que começa a existir no momento em que há a fusão do óvulo com o espermatozoide (CONDIC, 2008, p. 3-5). Portanto, há o entendimento de que o instante da junção do óvulo e do espermatozoide é o marco do início de uma nova vida humana.

Vale ressaltar que há outras teorias que tratam do momento em que inicia a vida humana, com base em diversos critérios. É possível citar a teoria da configuração dos órgãos, teoria sexual, teoria da formação do sistema nervoso, teoria da viabilidade, teoria da infusão da alma (PIOVESAN, GRACIANO, 2007, p. 177). Isso demonstra que o marco do início da

vida não é unânime, nem para ciências médicas, tampouco para as religiões. Desse modo, a relevância jurídica da discussão surge quando se analisa o destino dos embriões fecundados em laboratório e que não são implantados no útero materno, caso se compreenda que são vidas humanas desprezadas.

3.2 Tratamento ético, legal e jurisprudencial no Brasil

Como ressalta Piovesan e Graciano (2007, p. 172), os embriões excedentários "não foram transferidos em duas hipóteses, uma porque não eram 'normais', duas porque ultrapassaram o limite máximo para implantação". Para não haver descarte dos embriões[3], nesses casos, são criopreservados por um período definido, mas, se os pacientes assim desejarem, os embriões poderão ser descartados ou encaminhados para pesquisa de células tronco. A partir dessa forma de manipulação do embrião e possibilidade de seu descarte, as discussões éticas ganharam terreno, sobretudo quando se envereda pela segunda corrente, que entende que o embrião tem condição humana no momento da fecundação.

No Brasil, as normas éticas para utilização da técnica da fecundação *in vitro* são disciplinadas na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.121/2015, que trata a infertilidade como problema de saúde e a técnica de reprodução assistida submetida à ética médica. Alinhada aos preceitos da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a Resolução do CFM disciplina a destinação dos embriões excedentários, que são aqueles não implantados por serem considerados inviáveis ou congelados há mais de cinco anos.

A Resolução do CFM permite a transferência de até quatro embriões[4], os quais poderão se desenvolver em laboratório por no máximo 14 dias[5]. Quanto aos embriões excedentários, podem ser utilizados em pesquisas e terapias, desde que haja o consentimento dos genitores. Por expressa vedação legal, o material biológico não é venal, sendo proibida a doação com fins lucrativos, conforme o art. 5º, §3º da Lei de Biossegurança.

A Lei de Biossegurança não considera os embriões fecundados em laboratório como organismos geneticamente modificados (OGM), por não envolver manipulação genética[6].

[3] A Resolução CFM nº 2.121/2015, por exemplo, prevê a possibilidade de descarte após cinco anos mantidos congelados em laboratório (V, 4). Vale ressaltar que a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) prevê o período de congelamento do embrião durante três anos (art. 5º).
[4] Idem, I, 7.
[5] Ibidem, VI, 3.
[6] Art. 3º, §1º.

Aliás, tal manipulação é expressamente vedada na própria lei[7]. Nesse sentido, a Resolução do CFM proíbe o uso da técnica com o intuito de selecionar sexo ou qualquer outra característica, com a exceção de doenças possíveis de prevenção. Por outro lado, permite selecionar embriões compatíveis com algum filho do casal afetado por doença cujo tratamento seja transplante de células tronco[8].

Sob o escopo social, a Resolução de 2015 do CFM trouxe adaptação ao cenário jurisprudencial, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, permitindo que a técnica proporcione para os casais homossexuais a possibilidade de terem filhos biológicos. Além disso, alinhou-se às decisões judiciais que flexibilizavam a proibição da técnica em mulheres com mais de 50 anos, prevista na Resolução anterior.

De fato, a jurisprudência brasileira foi chamada a discutir situações relacionadas à fecundação *in vitro* e teve que se posicionar sobre questões polêmicas. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510/DF[9], o Ministro Relator do STF decidiu que "a lei em questão [Lei 11.105/2008] se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto" (ADI 3510/DF, 28 e 29/05/2008). Para o Relator, a proteção constitucional recai sobre o indivíduo personalizado. Nesse contexto, impor aos pacientes que utilizem todos os embriões fecundados implicaria em violação aos direitos fundamentais.

Embora a posição do STF, nesse caso, tenha considerado as situações em que o direito à vida transborda ao indivíduo-pessoa, como a proteção do nascituro, ficou consignada a constitucionalidade da utilização dos embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia, pois a dignidade da pessoa humana abarca o indivíduo nativivo. Dessa forma, o STF se adiantou em relação ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, como se verá adiante[10].

---

[7] Art. 6º, inciso II. Fica proibido: (...) engenharia genética em organismo vivo ou o manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei.

[8] VI, 2, da Resolução CFM nº 2.121/2015.

[9] "O Tribunal, por maioria, julgou **improcedente** pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização" (grifo nosso) (ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28 e 29/05/2008).

[10] Interessa notar que, no Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, que será analisado no próximo capítulo, a decisão da CorteIDH citou a decisão proferida na ADI 3510 do STF, em 2008, em nota de rodapé (nota 424, no parágrafo 262), nos seguintes termos: "Por sua vez, o Superior Tribunal Federal do Brasil afirmou que, "para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposta não autorizada pela Constituição". Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de 29 de maio de 2008, pág. 5."

4 ANÁLISE DO CASO FECUNDAÇÃO IN VITRO V. COSTA RICA

A CorteIDH tem função jurisdicional sobre os Estados que ratificaram a Convenção Americana e reconheceram expressamente essa jurisdição[11]. Dentre as funções da Corte, está a interpretação da Convenção Americana e a responsabilização dos Estados que violam seus termos.

Além da Corte IDH, outro órgão de proteção foi previsto pela Convenção, embora tenha sido criado anteriormente, para monitorar os Estados e expedir recomendações. Trata-se da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComissãoIDH), que surgiu no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1959, com jurisdição sobre todos os Estados membros.

Nessa conjuntura, importa dizer que, diante de violações à Convenção Americana ou demais tratados do sistema interamericano de direitos humanos, as vítimas poderão acionar a ComissãoIDH, através de comunicações individuais. Não é permitido, ainda, que as vítimas ingressem diretamente com petições à CorteIDH para apreciação e julgamento. Conforme explica Nieto Navia (1994, p. 265), "antes de abordar um caso, a Corte deve assegurar-se que os trâmites perante a Comissão foram cumpridos". Portanto, os casos que alcançam a CorteIDH passam, inicialmente, pela análise de admissibilidade da ComissãoIDH.

Para que o caso seja admitido perante a CorteIDH, é preciso cumprir requisitos como esgotamento dos recursos internos. Isso significa que o caso deve ter os recursos internos exauridos ou, na análise concreta, constatar que o Estado não dispõe de qualquer recurso a esgotar, ou que os recursos são inacessíveis ou inúteis (TRINDADE, 1998, p. 20-21). Vale ressaltar que a exceção da falta de esgotamento de recursos internos deve ser alegada pelo Estado na fase de admissibilidade perante a ComissãoIDH, sob pena de desistência tácita[12] (RAMOS, 2012, p. 222)

Diante de uma violação aos direitos, cabe à ComissãoIDH fazer tramitar o procedimento, para ao final sujeitar a demanda à CorteIDH. Na hipótese de o Estado

[11] Vinte Estados, atualmente, submetem-se a jurisdição da CorteIDH, dentre eles, a Costa Rica, que ratificou a Convenção em 3 de fevereiro de 1970 e reconheceu expressamente a jurisdição da Corte em 2 de julho de 1980 (COMISSÃO, 2016).

[12] O Estado não pode alegar a falta de esgotamento dos recursos internos em fase posterior, pois seria violar o princípio da proibição de se comportar de maneira contraditória (*venire contra factum proprium*) (RAMOS, 2012, p. 222)

demandado não reconhecer a jurisdição da CorteIDH, a Comissão emitirá um informe que tem o caráter vinculante questionável.

Sobre a força vinculante dos informes da ComissãoIDH, a CorteIDH entendeu, baseada no princípio da boa fé nos Tratados, que devem ser cumpridos, notadamente, o informe elaborado na hipótese em que o Estado infrator não reconhecer a jurisdição da CorteIDH[13]. Contudo, quando o Estado descumpre as recomendações contidas no informe, cabe à Comissão encaminhar relatório informando o descumprimento à Assembleia Geral da OEA para notificar o Estado a cumprir as deliberações da Comissão.

Submetido o caso à CorteIDH, o procedimento segue conforme disposto no Regulamento de 2009, o qual admite a possibilidade de atuação de *amicus curiae*. Da sentença de mérito proferida pela CorteIDH, o Estado violador poderá ser condenado a reparação dos danos e das custas.

4.1 Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica

O caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica foi submetido à CorteIDH, diante da proibição da técnica de fertilização *in vitro*, decisão que foi emanada pela última instância judicial daquele Estado. Na Costa Rica, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto nº 24.029-S de 1995, que autorizava a fecundação *in vitro* e regulamentava a execução do procedimento. Assim decidiu sob a alegação de que o Decreto não era a via legislativa adequada, ou seja, a expedição do Decreto pelo Poder Executivo para disciplinar direito à vida violou o princípio da reserva legal. Além disso, a técnica de fertilização *in vitro* com descarte de embriões atentava contra a vida e a dignidade humana.

Interessa notar que a Constituição costarriquenha prevê que qualquer pessoa pode ingressar com ação de inconstitucionalidade. Diante de tal permissão, o sr. Hermes Navarro de Valle acionou a Suprema Corte, alegando que o Decreto nº 24.029-S de 1995 afrontava a Constituição costarriquenha e a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, que

[13] No caso Loayza Tamayo Vs. Perú (1997), a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu (80-81): "Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana (...) por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes."

prevê o direito à vida[14]. Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional acatou a alegação de inconstitucionalidade e passou a proibir a técnica que era permitida até então.

O pedido de inconstitucionalidade do sr. Valle refletiu o entendimento ético, filosófico e religioso de parte da sociedade que considerava o embrião, desde a fecundação, dotado de condição humana. Tal pensamento também era compartilhado pela maioria dos juízes que compunha a Sala Constitucional, a qual pôs fim a liberalidade de se recorrer à técnica da fecundação *in vitro*.

Diante da proibição do tratamento de fertilização *in vitro*, as vítimas peticionaram perante a ComissãoIDH, informando que tiveram direitos humanos violados. Por sua vez, a ComissãoIDH entendeu que houve ingerência arbitrária do Estado ao direito à vida privada e familiar e a formar uma família, em razão da proibição geral da técnica de reprodução assistida.

Em resposta às recomendações da ComissãoIDH, um projeto de lei foi submetido à apreciação, visando regulamentar, desta vez por lei, a técnica de fertilização *in vitro*. Contudo, o projeto não havia sido convertido em lei[15]e a Costa Rica, assim, continuava proibindo a técnica de fertilização *in vitro* em seu território.

Por essa razão, diante da violação à Convenção Americana de Direitos Humanos[16], a ComissãoIDH submeteu o caso à apreciação da CorteIDH. Durante a tramitação do processo, foi constatado que a Costa Rica era o único Estado no mundo que proibia de maneira expressa a técnica da fecundação *in vitro*, embora tenha permitido durante a vigência do Decreto anulado.

4.2 Posição jurisprudencial da CorteIDH sobre a fertilização *in vitro*

Ao final do processo que tramitou perante a CorteIDH, foi decidido que a Convenção Americana, no art. 11, proíbe ações arbitrárias das instituições estatais que afetem a vida privada das pessoas, como o direito de formar uma família, à integridade física e mental e o direito reprodutivo das pessoas. O direito à vida privada, portanto, engloba a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva.

[14] Conferir: Artigo 4º, 1, da Convenção Americana.
[15] Em 3 de setembro de 2015, a Corte IDH promoveu uma audiência de acompanhamento do cumprimento da medida de reparação que proferiu em 2012, para que a Costa Rica implementasse a fecundação *in vitro*. (CORTE, 2016)
[16] A Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste instrumento, em detrimento das vítimas (Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, sentença de 28 de novembro de 2012).

A análise do direito à vida que seria supostamente atingido pela técnica de fecundação *in vitro*, com o descarte de embriões, foi feita de forma superficial pela CorteIDH. Na realidade, o mérito da decisão se concentrou no impacto gerado pela proibição da técnica na vida privada, o que causou danos materiais e psicológicos nas vítimas.

A Corte IDH mencionou opiniões que consideram o embrião como vida humana, mas, como ressaltou, são opiniões não compartilhados por todos os signatários da Convenção Americana[17]. Por isso, a CorteIDH não poderia pautar a sua decisão com base na ideia metafísica de que o embrião tem condição humana.

Inevitavelmente, a CorteIDH se posicionou diante das duas correntes que tratam da "concepção", preferindo aquela que entende que a concepção se dá no momento em que o embrião é implantado no corpo da mulher. *In verbis*:

> (...) a Corte ressalta que a prova científica concorda em diferenciar dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação. O Tribunal observa que somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção. (..) embora ao ser fecundado o óvulo dê lugar a uma célula diferente e com a informação genética suficiente para o possível desenvolvimento de um "ser humano", a verdade é que se este embrião não se implanta no corpo da mulher, suas possibilidades de desenvolvimento são nulas (Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, sentença de 28 de novembro de 2012, parágrafo 186)

Adotando essa ideia, a CorteIDH decidiu que, diante das provas e dos precedentes existentes no Sistema Interamericano de direitos humanos, não é possível dar status de pessoa ao embrião (parágrafo 223). Com isso, entendeu que a Convenção Americana, ao dispor sobre o direito à vida, não atrelou o conceito de concepção ao momento de fecundação[18]. Portanto, a Corte IDH entendeu que o embrião *in vitro* não é uma pessoa e não tem direitos humanos, incluindo a vida (ZEGERS-HOCHSCHILD, DICKENS, DUGHMAN-MANZEUR, 2013, p. 88).

Na sentença proferida, a CorteIDH impôs que as autoridades costarriquenhas adotem medidas apropriadas para que a proibição de realizar a fertilização *in vitro* se torne sem efeito. Com isso, as pessoas que desejem fazer uso da técnica poderão recorrer a ela sem qualquer impedimento. Apesar disso, como visto acima, a técnica da fertilização *in vitro* continuava proibida na Costa Rica, por ausência de lei regulamentando o procedimento de reprodução assistida.

---

[17] Conferir Parágrafo 185 da sentença de 28 de novembro de 2012, Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação *in vitro*) vs. Costa Rica (CORTE, 2015).

[18] Artigo 4 (1) "Toda 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".

Enquanto esta situação perdurava na Costa Rica, casos como o da sra. Artavia Murillo se repetiam no país, atingindo sobretudo as mulheres e os economicamente não favorecidos. Conforme ressalta Zegers-Hochschild, Dickens e Dughman-Manzeur (2013, p. 87), a cultura latino-americana impõe a maternidade como função essencial da mulher numa sociedade, por isso, negar essa potencialidade afeta sobremaneira as mulheres.

No aludido caso, a sra. Artavia Murillo casou-se com o sr. Mejías Carballo, paraplégico em razão de um acidente de trabalho desde os 19 anos de idade. Pelo diagnóstico médico, era impossível o casal procriar naturalmente. Para driblar a infertilidade, oito inseminações artificiais foram realizadas sem sucesso, sendo que o último recurso era realizar a fertilização *in vitro*. Porém, com o advento da proibição da técnica pela Sala Constitucional, no país, a falta de condições econômicas de viajar para o exterior para realizar o tratamento levou o casal a decidir pela separação.

A situação foi solucionada por meio de Decreto Presidencial, aprovado em 10 de setembro de 2015, regulamentando a técnica, em razão da não edição da lei pela Assembleia Legislativa. Dessa forma, a Costa Rica cumpriu a decisão da CorteIDH e pôs fim à proibição que durou mais de 15 anos no país (ORTIZ, 2016).

Primeiramente, cumpre notar a evidência de que a infertilidade impacta na saúde emocional das pessoas envolvidas e no relacionamento familiar. Depois, nota-se que a preocupação bioética com os embriões excedentários fez com que a Costa Rica optasse pela proibição da técnica de fertilização *in vitro*. Contudo, casais com recursos econômicos viajavam para países próximos, que permitem a utilização da técnica de fertilização, e realizavam o procedimento médico sem nenhum impedimento. A proibição acabou por atingir, portanto, os menos favorecidos economicamente, os quais são privados de recorrer aos meios médicos possíveis, por não disporem de recursos para custear um tratamento dispendioso e fora do país em que vivem.

A proibição da fecundação *in vitro* na Costa Rica, conforme foi decidido pela Corte IDH, violou o direito de não discriminação aos deficientes e os menos favorecidos economicamente. Não houve sopesamento entre este e o direito à vida, pois a Corte considerou que o pré-embrião não detinha condição humana. De fato, a decisão foi contundente por abandonar discussões metafísicas e adentrar em problemas práticos de países em desenvolvimento, como a Costa Rica.

5 CONCLUSÃO

O foco da discussão envolvendo a técnica da fecundação *in vitro* reside no que se entende por "concepção", termo utilizado pela Convenção Americana, ao tratar do direito à vida e a proteção jurídica em torno dela. Conforme foi consolidado na decisão da CorteIDH, no caso analisado, a interpretação dada a esse termo é de que a concepção ocorre no momento em que há a implantação do embrião pelos tecidos maternos. Esse momento ocorre dias após a fecundação, por isso, não importa se ocorreu *in vitro* ou *in vivo* para ser caracterizado como vida humana, pois se consolida apenas no útero materno.

Como visto, essa questão era relevante para os fins de estabelecer se o embrião *in vitro* era dotado de dignidade humana ou não. Caso fosse considerado vida humana, o embrião não poderia ser manuseado, utilizado em pesquisas de células tronco, tampouco congelado ou descartado.

Vale ressaltar que Kant, ao dispor sobre o imperativo categórico, inclui o homem e todos os seres racionais em geral como fins e si mesmos, de valor absoluto. Desse modo, excluía desse núcleo absoluto de dignidade o que não era dotado de racionalidade. Possivelmente, Kant, seguindo esse raciocínio, se posicionaria favoravelmente ao uso da técnica da fecundação in vitro, pela impossibilidade de se afirmar que os embriões representam vida humana e são dotados de racionalidade.

O que mais importou, contudo, na decisão firmada pela CorteIDH, foi o direcionamento do caso ao direito de não discriminação consagrado na Convenção Americana e nos outros tratados que compõe o sistema interamericano de direitos humanos. Pois, era evidente que a proibição da técnica de reprodução assistida na Costa Rica atingia tão somente os mais desfavorecidos financeiramente.

O grupo de vulneráveis atingidos pela proibição englobava mulheres, portadores de deficiência e pobres, residentes na Costa Rica. Por essa razão, a decisão da CorteIDH foi eficaz, não somente na função de reparar danos, responsabilizar Estados violadores, mas de reprimir o desrespeito aos direitos humanos. Direitos que vão além de questões metafísicas, pelo contrário, envolvem questões reais, sobretudo se direcionadas aos Estados latino-americanos, países ainda em desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **World at risk.** Cambridge: Polity Press, 2009.

_____. **La sociedade del riesgo:** hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. Documentos básicos em matéria de direitos humanos do sistema interamericano. 31 janeiro de 2007. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/TOC.Port.htm. Acesso em 15 Jan 2016.

CONDIC, Maureen L. When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective. In: **The Westchester Institute For Ethics & the Human Person**. Vol 1, n° 1, 2008. Disponível em http://bdfund.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/wi_whitepaper_life_print.pdf Acesso em 19 Jan de 2016.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Casos contenciosos. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica**.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es Acesso em 15 Out 2015.

_____. Galería multimedia. Caso Artavia Murillo y otros ("*Fecundación in vitro*") Vs. Costa Rica (Audiencia Pública 03-09-15). Disponível em https://vimeo.com/138362028. Acesso em 01 Fev. 2016.

LEJEUNE, Jérôme. El Origen de la Vida Humana. In: **Diário ABC**, Madrid, 23 de fevereiro de 1983, p. 44.

KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafisica de las costumbres**. Madri: Alianza Editorial, 2008.

NIETO NAVIA, Rafael. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios básicos de derechos humanos**. Tomo I. San José, C. R: IIDH, 1994.

ORTIZ, Diego Arguedas. Costa Rica volta a permitir a fecundação in vitro. **Inter Press Service**: agência de notícia. 15/09/2015. Disponível em http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/09/ultimas-noticias/costa-rica-volta-a-permitir-fecundacao-in-vitro/ Acesso em 01 Fev. 2016.

PESSINI, Leo & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul.(org.). **Problemas atuais de Bioética.** 8ª. ed. – São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2007.

PIOVESAN, Flávia Cristina, GRACIANO, Lílian Lúcia, Pesquisas com células-tronco embrionárias e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. **Revista Eletrônica da CEJUR**, Curitiba-PR, a. 2, v.1, n. 2, ago./dez., 2007. Disponível em http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/16751. Acesso em 15 Dez. 2015.

RAMOS, A. C. **Processo internacional de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid, 2001.

TRINDADE, A. A. C. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada. In: FIX-ZAMUDIO, H. **Liber Amicorum**. Vol. 1. San José, Costa Rica: Corte IDH, 1998.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, DICKENS, Bernard, DUGHMAN-MANZUR, Sandra. Human Rights to In Vitro Fertilization (October 1, 2013). **International Journal of Gynecology and Obstetrics** 123 (2013) 86–89. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327577. Acesso em 16 Jan 2016.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile. **Universidad de Chile.** Disponível em http://uchile.cl/u76970. Acesso em 15 Jan 2016.