



Licenciado sob uma licença Creative Commons
ISSN 2175-6058
DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v25i3.2059>

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E CORREÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK

*LEGAL ARGUMENT AND CORRECTION OF JUDICIAL DECISIONS:
AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF NEIL MACCORMICK'S THEORY*

Renata Albuquerque Lima
Vanessa Gonçalves Melo Santos

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar a utilidade da argumentação jurídica para a análise da correção das deliberações judiciais. Nesta pesquisa, examina-se a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros* (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica, em que se reconheceu a superioridade do direito fundamental ao planejamento familiar em detrimento da autoridade estatal que negava aos autores a prerrogativa de se submeterem às técnicas de fecundação e a formação do embrião *in vitro* (FIV). Objetiva-se analisar a decisão mencionada, classificar os argumentos nela desenvolvidos em sistemáticos, linguísticos, teleológicos e/ou deontológicos e avaliar se esses argumentos obedecem aos critérios de correção defendidos por Neil MacCormick. Na conclusão, além da síntese dos argumentos desenvolvidos, apontam-se questões jurídicas e éticas que continuam em aberto demandando regulamentação. O artigo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, e do emprego do método dedutivo.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Reprodução assistida. Neil MacCormick.

ABSTRACT

This article intends to demonstrate the usefulness of legal arguments for the analysis of the correction of judicial deliberations. This research examines the decision handed down by the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) in the judgment of the case *Artavia Murillo et al. (“in vitro fertilization”) vs. Costa Rica*, in which the superiority of the fundamental right to family planning was recognized over the state authority that denied the authors the prerogative of undergoing fertilization techniques and in vitro embryo formation (IVF). The objective is to analyze the aforementioned decision, classify the arguments developed in it as systematic, linguistic, teleological and/or deontological and assess whether these arguments comply with the correctness criteria defended by Neil MacCormick. In conclusion, in addition to the synthesis of the arguments developed, legal and ethical issues that remain open, demanding regulation, are pointed out. The article was developed through bibliographical and documentary research, and the use of the deductive method.

Keywords: Legal argumentation. Assisted reproduction. Neil MacCormick.

INTRODUÇÃO

A evolução da biotecnologia na esfera da reprodução humana assistida (RA) tem sido um instrumento de viabilização do exercício autônomo do planejamento familiar, possibilitando o projeto parental daqueles que têm problemas reprodutivos, bem como de pessoas solteiras ou de casais homossexuais.

Como no Brasil inexistente legislação específica que regulamente o uso das técnicas de RA, a resolução dos casos concretos baseia-se em geral na interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional. Paralelamente, os procedimentos que envolvem sua utilização vêm sendo regulamentados por Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), estando em vigor a de n. 2.294/2021, que vincula, do ponto de vista ético, os profissionais de saúde que realizam esse tipo de intervenção.

Há anos tramitam no Congresso Nacional os mais diversos projetos de lei sobre o tema, desde os que permitem todas as técnicas de RA até os que proíbem embriões excedentários, o que implicaria a vedação ao uso da técnica de FIV. Embora permaneça sem lei especial que regulamente o

uso das técnicas de RA, o Brasil reconhece expressamente a sua prática no art. 1.597 do Código Civil (Brasil, [2020]), nas modalidades homóloga e heteróloga, que podem ser efetivadas por meio de diversos procedimentos. Para o presente estudo interessa a fecundação e a formação do embrião *in vitro* (FIV) a ser implantado no útero feminino ou criopreservado.

Nesta pesquisa examina-se a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 28/11/2012 no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012), em que se reconheceu a superioridade do direito fundamental ao planejamento familiar em detrimento da autoridade estatal que negava aos autores a prerrogativa de se submeterem às técnicas de FIV. Em um contexto de transconstitucionalismo, em que os Tribunais Superiores fundamentam suas decisões em julgamentos proferidos em outros países, a análise dessas deliberações é especialmente importante – sobretudo para o Brasil, que ainda não tem lei específica que regulamente a matéria.

O objetivo é analisar a decisão mencionada, classificar os argumentos nela desenvolvidos em sistemáticos, linguísticos, teleológicos e/ou deontológicos e avaliar se esses argumentos obedecem aos critérios de correção defendidos por Neil MacCormick, ou seja, se são universais, consistentes, coerentes e consequencialistas.

A abordagem do tema inclui ainda a análise dos direitos fundamentais dos que buscam as técnicas de RA como instrumento de efetivo exercício e resguardo do seu projeto parental, bem como dos direitos – ou pelos menos dos interesses protegidos – dos seres gerados por meio desses procedimentos.

Para a realização do estudo, utilizou-se pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos sobre a RA e a argumentação jurídica, bem como pesquisa documental da legislação e demais normas que disciplinam a matéria. O método empregado foi o dedutivo, uma vez que se partiu da leitura de decisão proferida em um caso concreto, no qual se confrontam os direitos dos autores e a força estatal que busca vetar o exercício desses direitos em defesa do direito à vida do embrião.

O texto está dividido em três tópicos, além da introdução e da conclusão. No primeiro explora-se a teoria da argumentação de

MacCormick; no segundo abordam-se as nuances da RA, suas modalidades, principais técnicas e os direitos fundamentais das pessoas que buscam tais procedimentos *versus* a tutela de proteção do embrião. Em seguida, analisa-se a sentença proferida pela Corte IDH no julgamento do caso Artavia Murillo e outros (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica, à luz dos fundamentos de correção da teoria da argumentação de MacCormick. É também feita uma apreciação pessoal de temas polêmicos que, embora tenham sido examinados pela Corte IDH na decisão proferida, precisam de aprofundamento e de uma tomada de posição da comunidade jurídica. Na conclusão, além da síntese dos argumentos desenvolvidos, apontam-se questões jurídicas e éticas que continuam em aberto demandando regulamentação.

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

A prática jurídica consiste em argumentar. Quanto mais bem realizada essa atividade argumentativa, mais bem justificada será a decisão judicial, atendendo às expectativas da sociedade e respeitando o Estado Democrático de Direito (Morais; Zolet, 2017).

Atualmente se reconhece que, longe de ser apenas uma atividade lógica dedutiva, a argumentação jurídica exige, notadamente nos “casos difíceis”, o conhecimento das razões internas e externas que justificam as decisões judiciais. Contudo, nem sempre foi assim. O posicionamento acerca da função da argumentação jurídica passou por duas fases: a dos precursores (década de 1950) e a dos *standart* (a partir do final da década de 1970). A primeira, seguida por autores como Viehweg, Perelman e Toulmin, defende “a tese de que o raciocínio jurídico não podia ser visto como um tipo de raciocínio dedutivo” (Atienza, 2017, p. 33). A segunda, conhecida como *standart* e representada por autores como Neil MacCormick e Robert Alexy, defende que para compreender o raciocínio jurídico é insuficiente a lógica em sentido estrito, ou seja, o raciocínio jurídico não é só um contraponto do dedutivo (Atienza, 2017). Essa corrente entende que é possível vincular a lógica formal com a

racionalidade prática, tratando da justificação interna e da justificação externa das decisões (Grajales; Negri, 2018).

MacCormick (apud Atienza, 2017, p. 34) defende que a lógica dedutiva “não permite uma justificação das decisões judiciais nos casos difíceis”. Diferentemente de Alexy, ele entende que se deve partir do discurso jurídico para se chegar ao discurso geral. A argumentação é uma atividade de formular razões contra ou a favor de algo, que pode acontecer em contextos especulativos quando os argumentos são contra ou a favor de uma crença que se considera verdadeira, ou em contexto prático, no qual se estabelecem argumentos que podem ser razões que justificam se fazer ou não se fazer algo ou ainda razões para sustentar uma opinião sobre o que se deve, se pode ou se poderia fazer (Maccormick, 2010, p. 66).

A argumentação prática pura divide-se em teleológica e deontológica. A primeira tem por fim um propósito (objeto) que exige a apreciação do valor de determinada ação; a segunda analisa o valor da argumentação em si, se correta ou incorreta, sem se preocupar com esse valor posterior. Ambas formam as razões substantivas, cujo valor independe da autoridade jurídica e estão, em regra, fora do cenário institucional do Direito. Contudo, no âmbito jurídico devem-se considerar as razões autoritativas, não de forma exclusiva, mas sim em uma relação de dependência que pode estar presente nos casos em que razões substantivas e autoritativas sejam necessárias para a garantia da justiça da decisão (Maccormick, 2010, p. 67).

Assim, a teoria da argumentação de MacCormick assume ser possível o uso de diferentes razões para justificar uma decisão. Observa-se uma “dependência entre razões de autoridade e razões substantivas, também porque ao aplicar as de autoridade é preciso, primeiro, compreendê-las na sua relação com o conjunto substantivo de razões” (Morais; Zolet, 2017, p. 47), pois as razões de autoridade se fundamentam em um senso de justiça (deontológicos) ou de valor – bem comum (teleológico). Desse modo, a finalidade dessa integração de argumentos práticos e jurídicos é a de garantir que as decisões sejam justificadas em razões de autoridade que sejam justas e razoáveis (Alexy, 2014, p. 137).

Segundo MacCormick (2010, p. 67), o Direito não é autopoietico, pois as normas não surgem dele próprio (sistema fechado), mas sim dos valores existentes na sociedade, concretizados nas normas pelo

legislador. No âmbito jurídico de aplicação dessas normas, o julgador terá que apresentar os argumentos que fundamentam sua decisão. Para o autor (2010, p. 70), no momento de refletir sobre a solução do conflito de interesse que lhe foi apresentado, os argumentos mais importantes são os linguísticos (aqueles que apelam à própria linguagem como fonte de razão para a interpretação escolhida), os sistêmicos (que consideram o contexto do sistema jurídico para decidir qual o melhor sentido interpretativo) e os teleológicos ou deontológicos (que buscam alcançar o sentido do propósito do texto).

O julgador usa argumentos linguísticos quando fundamenta sua decisão na lei. Todavia, existem duas classes de argumentos linguísticos: os que se ocupam do significado ordinário e os que se ocupam do significado técnico dos termos usados nos textos jurídicos pelo legislador. O primeiro é óbvio e inteligível para um intérprete que domine o uso comum da linguagem; o segundo exige conhecimento de vocabulário especializado, técnico (Maccormick, 2010, p. 70). Assim, o legislador deve ter o cuidado de redigir leis que sejam inteligíveis ordinariamente, maximizando a possibilidade de uma comunicação efetiva com os cidadãos, bem como evitando litígios sobre a interpretação adequada (Maccormick, 2010, p. 71).

Os argumentos sistêmicos ocupam-se de compreender o texto jurídico como parte de um sistema jurídico com base em seis critérios: 1) o contextual, que busca interpretar a lei no contexto a que ela pertence; 2) o do precedente, que aproveita uma interpretação judicial da lei, caso ela exista e o sistema jurídico adote o sistema de precedentes; 3) o da analogia, que interpreta com base em uma similitude de sentido com outra norma judicial; 4) o lógico-conceitual, que considera o mesmo conceito utilizado pelo legislador para interpretar de modo constante; 5) o de princípios gerais do Direito, que considera a prevalência do princípio geral sobre o princípio específico relativo ao caso; e 6) o histórico, que busca respeitar a interpretação que vem sendo aplicada historicamente (Maccormick, 2010, p. 72).

O argumento teleológico busca realizar o fim almejado pelo legislador, ou seja, o propósito da norma, ao passo que o deontológico busca a retidão e a justiça (Maccormick, 2010, p. 74). Contudo, MacCormick (2010, p. 76) ressalta que, se há uma interpretação claramente favorecida

pelos argumentos linguísticos e sistêmicos, não é preciso recorrer aos argumentos teleológicos/deontológicos, que seriam necessários apenas na fundamentação dos casos difíceis.

No contexto da justificação de decisões proferidas em casos difíceis (*hard cases*), a teoria da argumentação de MacCormick defende que se deve ir além da justificação de primeiro nível (interna) e contemplar a justificação de segundo nível (externa), constituída pela análise dos requisitos da universalidade, consistência, coerência e do consequencialismo (Atienza, 2015).

O requisito da universalidade deve ser o primeiro critério de fundamentação das decisões proferidas em *hard cases* e, quando observado, permite que o caso controvertido seja decidido tendo por base os mesmos critérios utilizados em casos passados e possa ser utilizado como precedente em casos futuros (Maccormick, 2010, p. 76).

Em matéria de RA, o requisito da universalidade pode ser exemplificado pela situação em que se questiona o direito de uma mulher implantar embrião excedentário do marido falecido. Nesse caso, é possível estabelecer uma premissa universal: “X” tem direito a implantar o embrião excedentário, porque “X” tem material biológico que compõe a formação daquele embrião e porque há consentimento informado do *de cujus* permitindo a implantação *post mortem*. Assim, em casos semelhantes se aplicaria esse critério de universalidade para garantir a mesma decisão.

No entanto, embora universalizável, a premissa exemplificada não será absoluta, pois pode haver exceções, como os casos de pedido de implantação de embrião excedentário sem que haja material biológico da mulher que pleiteia o uso da técnica ou sem a autorização expressa do *de cujus* para a implantação *post mortem*. Nos casos concretos que representem exceção à simples premissa universal, exige-se que a decisão se norteie por uma justificação que guarde sentido com o sistema jurídico. Trata-se da análise de consistência e coerência.

A decisão será consistente se tiver por base premissa normativa que não entre em contradição com normas validamente estabelecidas, incluindo-se nessa análise as premissas fáticas no contexto do problema de prova. Tal requisito deriva, por um lado, da obrigação dos juízes de

não infringirem o Direito vigente e, por outro, de se ajustarem à realidade fática objeto de prova (Atienza, 2015, p. 184).

A coerência, por sua vez, refere-se à compatibilidade entre as normas como um todo e os princípios e valores comuns da sociedade, de modo que constituam em conjunto uma forma de vida satisfatória. Assim, na concepção de MacCormick, princípios e valores são equivalentes, pois ele não considera valor apenas o fato perseguido, mas sim o estado de coisas que se considera desejável, legítimo e valioso (Atienza, 2015, p. 186). Contudo, Atienza (2015, p. 189) observa que os princípios são necessários para justificar decisões de casos difíceis, mas não têm caráter concludente, pois dependem de valoração e fornecem uma justificativa na ausência de outras considerações em sentido contrário.

Por fim, a concepção consequencialista de MacCormick afirma que para justificar uma decisão judicial se utilizam duas razões substantivas: as finalistas (porque promovem certo estado de coisas que se considera valioso), e as de correção (porque julgadas corretas e boas em si mesmas) (Atienza, 2015, p. 195).

REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de RA vêm sendo gradativamente reconhecidas como um instrumento de efetivação do planejamento familiar de pessoas que não querem ou não podem gerar filhos pelos métodos naturais por problemas reprodutivos, por serem solteiras ou viverem um relacionamento homoafetivo.

A doutrina que trata da matéria distingue duas modalidades de RA: a homóloga, que utiliza gametas do casal que se submete aos procedimentos; e a heteróloga, quando um dos gametas é doado por um terceiro (Scalquette, 2010). Ambas podem ser realizadas por meio de diversas técnicas, como a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), sendo esta última uma evolução da biotecnologia na realização do procedimento da FIV que facilita a fecundação. Nestas duas técnicas a junção dos gametas é realizada em laboratório (fecundação extracorpórea). Há, ainda, a inseminação artificial

(IA), em que o encontro dos gametas ocorre por meio da introdução do sêmen no útero da mulher (fecundação endocorpórea) (Pádua, 2008).

A FIV

¹ – técnica destacada para este estudo por ser a que vinha sendo pleiteada no caso analisado – consiste em extrair o óvulo maduro do ovário da mulher e juntar a ele o espermatozoide. Assim, os gametas femininos e masculinos são manipulados e unidos, com intuito de viabilizar a fecundação, formando embriões. Estes embriões poderão ser implantados, tendo as demais fases de evolução natural (Caetano; Pereira; Marinho; Cançado, 2018, p. 140) ou serão criopreservados.

Apesar da evolução e do domínio técnico das etapas da fertilização, o alto custo da hiperestimulação hormonal para obter os óvulos que serão fecundados e a incerteza de sucesso na implantação dos embriões induzem à corriqueira prática de transferência de mais de um óvulo fecundado ao útero feminino (Meirelles, 2000), assim como de criopreservação dos embriões gerados e não implantados, denominados embriões excedentes.

O ordenamento jurídico brasileiro não tem lei que regule o uso das técnicas de RA, embora há anos tramitem no Congresso Nacional diversos projetos de lei (PL) objetivando sua regulamentação: PL nº 90/1999, PL nº 1.184/2003, PL nº 2.061/2003 e PL nº 5.624/2005 (Brasil, [1999], 2003a, [2003b], 2005). Sobre a matéria existem apenas as resoluções editadas pelo CFM, a última de nº 2.294/2021 (Conselho Federal de Medicina, 2017), estabelecendo normas éticas para os profissionais de saúde que realizam procedimentos de RA.

A maioria dos projetos de lei que tramita no Congresso Nacional objetiva regulamentar o uso das técnicas de RA, e não as vedar. Contudo, o PL nº 1.184, de 3/6/2003, apresentado pelo Senador Lucio Alcântara (PSDB/CE), busca proibir embriões excedentários ao impor que todos sejam transferidos a fresco, o que inviabilizaria o uso da técnica de FIV.² No Brasil, atualmente é permitido o congelamento (criopreservação/crioconservação) de embriões humanos excedentes e sua utilização tanto em novo procedimento de RA quanto a doação a outros casais ou para pesquisa.³ Há países, como Itália e Alemanha, em que é obrigatória a transferência de todos os embriões gerados pela técnica de FIV (Andorno, 2012, p. 131).

A autonomia, necessidade primordial do mundo ocidental contemporâneo (Gustin, 2009), refere-se ao direito de fazer as próprias escolhas na esfera existencial e patrimonial, “desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade” (Sarmiento, 2006, p. 154). Nesse sentido, é importante analisar os direitos fundamentais de quem busca as técnicas de RA como instrumento de efetivação de sua autonomia no exercício do planejamento familiar. Optar pela RA para viabilizar o projeto parental significa exercer um direito fundamental, “notadamente no que se refere à decisão da melhor hora para gerar um filho e poder gerá-lo, ainda que vivam limites antes intransponíveis – infertilidade, homossexualidade, solteirice” (Santos, 2017, p. 34).

No Brasil, o planejamento familiar surgiu “como política pública de controle de natalidade dirigida às mulheres” (Andrade, 2017, p. 61) e só alcançou o *status* de direito fundamental após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (Brasil, [2019]), tendo como fundamento os princípios da dignidade humana e da parentalidade responsável⁴ (Cardin, 2015, p. 18). Nesse novo contexto, é vedado qualquer tipo de coerção de instituições públicas e privadas, e o Estado passa a ter o dever de propiciar recursos, educacionais e financeiros para o exercício desse direito nos termos dos art. 226, § 7º, da CRFB c/c art. 1.565, § 2º, do CC.

Todavia, cabe salientar que a liberdade de escolha da pessoa humana (autodeterminação) está sob tutela estatal, que lhe pode impor limites em determinados casos. Diante disso, o que se pode dizer acerca da proibição estatal do realizar o procedimento de FIV? Ela seria justa/correta? Para responder a esses questionamentos, passa-se a analisar os argumentos da decisão proferida pela Corte IDH à luz dos fundamentos de correção da teoria da argumentação de MacCormick.

ESTUDO DO CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS ("FECUNDAÇÃO IN VITRO") VS. COSTA RICA

Analisada a teoria da argumentação jurídica de MacCormick e a RA no contexto nacional, passa-se a examinar o caso em estudo, objeto da submissão de nº 12.361, apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à jurisdição da Corte IDH em face do Estado da Costa Rica em 29/7/2011, e julgada em 28/11/2012.

Pelo exposto, a Comissão solicitou à Corte IDH que declarasse a responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica pela violação dos artigos 1.1, 2, 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Brasil, 1992) em face das vítimas⁵.

Para analisar os fundamentos da decisão em estudo, adotar-se-á a ordem de apreciação da matéria estabelecida pela própria Corte IDH. Ao tratar do mérito, inicialmente a Corte abordou a questão da vida privada e familiar e sua relação com outros direitos convencionais; em seguida, tratou dos efeitos da proibição da FIV e, posteriormente, da interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso. Por fim, decidiu-se acerca da violação dos direitos convencionais das supostas vítimas à luz de um juízo de proporcionalidade.

Quanto ao primeiro ponto, a Comissão declarou que a decisão de ter filhos biológicos integra a vida privada e familiar, e a forma de concretizar essa decisão integra a autonomia e a identidade das pessoas como indivíduos e como casal, constituindo parte do direito a fundar uma família. Considerou ainda que a utilização da FIV para superar a infertilidade está vinculada ao direito "ao gozo dos benefícios do progresso científico" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 43).

O representante Molina aduziu que a decisão de ter ou não ter um filho integra a vida privada das pessoas e qualificou a infertilidade das supostas vítimas como "incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 43). E o representante May alegou que a regulamentação da FIV deve "desenvolver e possibilitar o conteúdo dos direitos à saúde, ao acesso ao progresso científico, ao respeito à intimidade e autonomia da vontade no âmbito familiar, ao direito a fundar uma família e ao pleno exercício

dos direitos reprodutivos das pessoas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 44).

Em contrapartida, o Estado alegou que a possibilidade de procriar por meio das técnicas de FIV não representa um direito reconhecido dentro do âmbito da liberdade pessoal e, “[a]inda quando o direito a fundar uma família inclui a possibilidade de procriar, o Estado não deve permitir tal possibilidade a qualquer custo”, pois “[a] vida e dignidade humanas não devem dar provas de sua natureza frente às demandas do progresso científico ou médico” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 44).

Em relação ao segundo ponto, as partes e a Comissão alegaram que a “proibição” da FIV foi em caráter “absoluto”, consistindo em “uma limitação do direito a formar uma família de acordo com as decisões do casal”. A Comissão argumentou ainda que, “enquanto a [FIV] constitui um meio para materializar uma decisão protegida pela Convenção Americana, a proibição de ter acesso à técnica constitui necessariamente uma interferência ou restrição no exercício dos direitos convencionais” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 49).

O representante Molina afirmou que o resultado da sentença da Sala Constitucional representou “uma ‘proibição absoluta’ e ‘continuada’” do uso da FIV, pois “não somente resultou em uma ingerência ou invasão abusiva e arbitrária na autonomia e privacidade das [supostas] vítimas do caso, mas se constituiu em uma anulação absoluta do direito a decidir ter filhos biológicos” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 49).

Em contrapartida, o Estado alegou que não há proibição total à realização da técnica, desde que se consiga realizá-la cumprindo “os requisitos estabelecidos pela Sala Constitucional em sua sentença, ou seja, quando, em palavras do Estado, a FIV não atente contra ‘o direito à vida desde a concepção’” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 50).

Sobre o terceiro ponto, que trata da interpretação do artigo 4.1 da Convenção, as partes alegam que o artigo

não estabelec[ia] um direito absoluto ou categórico em relação às etapas pré-natais da vida” e que existia “um reconhecimento internacional e

comparado do conceito de proteção gradual e incremental da vida na etapa pré-natal”. Acrescent[am] que “a interpretação do artigo 4.1 da Convenção indica que o exercício de uma faculdade concebida por este instrumento internacional não está isento de escrutínio [da Corte] quando interfere com o exercício de outros direitos estabelecidos no mesmo, tais como, no presente caso, os direitos à vida privada, familiar, autonomia e a fundar uma família (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 52).

O representante Molina alegou que “a concepção [...] não é um conceito unívoco” e que a decisão da Sala considerou apenas uma das correntes filosóficas relativas a essa definição, desconsiderando que esse entendimento geraria desproteção de outros direitos e que “deve [...] existir uma interpretação em relação ao direito à vida que permita e não restrinja de maneira absoluta a proteção dos direitos convencionais” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 52-53). Em complemento, o representante May alegou que o direito à vida “não tem caráter absoluto nem irrestrito” e “está sujeito a exceções e a condições”. Argumentou ainda que o artigo 4.1 da Convenção não contempla o embrião e “que [n]enhum texto internacional, exceto o artigo 4.1 [da Convenção], protege o direito à vida a partir do momento ou processo da concepção ou implantação’, ao passo que os ‘demais instrumentos internacionais se referem unicamente a um direito que protege a vida do ser que nasceu vivo e não ao não nascido”’ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 53).

O Estado rechaçou veementemente tais argumentos, aduzindo que por evidências científicas a vida humana começa com a concepção, ou seja, com a fecundação, termos que devem ser considerados sinônimos. E acrescentou que uma interpretação teleológica do artigo 4.1 evidencia a intenção de proteger a vida humana desde sua etapa embrionária mais precoce porque o zigoto humano já “abriga todas as instruções necessárias para construir o corpo humano” e que se deve “prote[ger] ao mais vulnerável dos seres humanos: o embrião” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 53).

Por fim, para fundamentar a sua decisão, a Corte IDH passa a analisar os argumentos das partes, que aqui serão ponderados à luz da teoria da argumentação de MacCormick.

Inicialmente, a Corte IDH afirma que fará uma interpretação do sentido dos termos, buscando verificar o significado linguístico dos artigos 1.1, 1.2 e 4.1 da Convenção Americana, *in verbis*:

ARTIGO 1

Obrigação de Respeitar os Direitos

Os Estados-Partes nesta Convenção *comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econ mica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

Para os efeitos desta Convenção, *pessoa é todo ser humano.*

[...]

ARTIGO 4

Direito   Vida

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 (Brasil, 1992, grifos nossos).

Do ponto de vista linguístico, a Corte IDH argumenta que, para efeito de interpretar a palavra *pessoa*, adotará as “menções que se fazem no tratado em relação   ‘concepção’ e ao ‘ser humano’, termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 56).

Quanto ao primeiro termo, *concepção*, a Corte IDH considerou que seu significado comporta divergência, pois há aqueles que entendem ser sin nimo de fecundação e os que defendem corresponder ao momento de implantação do embrião no útero materno (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 56-57). A Corte optou pela segunda interpretação, fundamentando sua decisão no que considera ser a leitura literal (linguística) do texto de lei, pois afirma que “segundo a estrutura da segunda frase do artigo 4.1 da Convenção, o termo ‘em geral’ está relacionado com a expressão ‘a partir da concepção’”. Assim, entende que “esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis

exceções a uma regra particular” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 60).

Em relação à expressão *ser humano*, a Corte IDH afirma ter ciência da corrente que considera o embrião um ser humano, de outra que considera pré-embrião o período anterior ao sétimo dia a contar da fecundação, além de uma terceira que estende o período de pré-embrião até o 14º dia (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 58). Contudo, a Corte IDH considerou que essas correntes são utilizadas para fundamentar as teorias que tratam do início da vida humana, tema que carece de definição consensual. Embora reconheça que há aqueles que “veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena”, a Corte IDH entende que não se justifica conceder “prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012 p. 59-60).

Declarando que “a expressão ‘em geral’ permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções”, a Corte IDH expressamente afirma que “[o]s demais métodos de interpretação permitirão entender o sentido de uma norma que contempla exceções” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 60) e estabelece que, para interpretar o artigo 4.1 da Convenção utilizará “a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e teleológica” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 61).

Na interpretação sistemática, a Corte IDH afirma que consideraria o artigo em exame no sistema no qual se inscreve, ou seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, contextualizado pela apreciação geral do disposto em relação à proteção do direito à vida nos seguintes sistemas de proteção: “i) o Sistema Interamericano; ii) o Sistema Universal; iii) o Sistema Europeu, e iv) o Sistema Africano” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 61).

Na análise do sistema interamericano, objetivando demonstrar a evolução histórica do direito à vida, a Corte IDH analisou os trabalhos preparatórios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e constatou que as primeiras redações vinculavam esse direito a toda

pessoa, e a redação final vinculou ao ser humano: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”⁶ e concluiu que “os trabalhos preparatórios não oferecem uma resposta definitiva sobre o ponto em controvérsia” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 63). Em seguida, analisou os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, que tratou sobre a inclusão do termo “em geral” no artigo 2, concluindo que “os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão ‘e, em geral, desde o momento da concepção’, nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras ‘em geral’” (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2012, p. 68). Assim, com base na interpretação sistemática (histórica) dos antecedentes do Sistema Interamericano, a Corte IDH entendeu “não é procedente conceder o *status* de pessoa ao embrião” (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2012, p. 68).

Ao examinar o sistema universal, a Corte IDH considerou que, (1) na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o termo *nascem* expressa a intenção de que os direitos nela consagrados sejam inerentes ao momento do nascimento; “portanto, a expressão ‘ser humano’ não foi entendida no sentido de incluir o não nascido” (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2012, p. 68-69); (2) “os trabalhos preparatórios do artigo 6.1 do PIDCP [Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos] indicam que os Estados não pretendiam tratar o não nascido como pessoa e conceder o mesmo nível de proteção que às pessoas nascidas”; portanto, dele “não se deriva uma proteção absoluta da vida pré-natal ou do embrião” (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2012, p. 69-70); (3) “o Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto no CEDAW” [Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher] (Corte Interamericana De Direitos Humanos, 2012, p. 70); (4) “[o] Comitê para os Direitos da Criança não emitiu nenhuma observação da qual se possa deduzir a existência de um direito à vida pré-natal” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 71).

Na análise do sistema europeu de Direitos Humanos, a Corte IDH citou julgados de casos específicos sobre aborto e sobre utilização da técnica de FIV, aduzindo que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

entendeu que, não havendo consenso europeu na definição científica e legal do início da vida, a apreciação do tema deveria ser de cada Estado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 74). E que, nos casos citados pela Corte IDH, o TEDH entendeu que os embriões “não têm o direito à vida dentro do significado do artigo 2 da Convenção” (Tedh, 2007 apud Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 74).

Em relação ao Sistema Africano, a Corte IDH concluiu que os redatores da Carta Africana dos Direitos Humanos (artigo 4), ao tratarem do respeito à vida, “rejeitaram expressamente uma terminologia que protegesse o direito à vida a partir do momento da concepção” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 75).

Em seguida, considerando que o procedimento da FIV não existia à época da redação do artigo 4.1 da Convenção, a Corte IDH expressamente afirmou a importância da interpretação evolutiva e analisou dois temas no contexto da interpretação evolutiva: “i) os desenvolvimentos pertinentes no Direito Internacional e Comparado em relação ao *status* jurídico do embrião e ii) as regulamentações e práticas do Direito Comparado em relação à FIV” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 76).

Na análise do *status* do embrião, a Corte IDH citou julgados em que o Tedh reconhece a potencialidade do embrião e sua capacidade para se converter em uma pessoa, o que justifica uma proteção em nome da dignidade humana. Contudo, não o reconhece como pessoa com direito à vida. Ressalta ainda que a Convenção veda a criação de embriões com propósito de pesquisa, embora permita a sua utilização para esse fim quando autorizada por lei. Por fim, concluiu que “as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 78).

Com base no exposto, a Corte IDH resumiu sua interpretação evolutiva (sistemática) afirmando que, apesar de faltarem regulamentações normativas específicas sobre a FIV, a maioria dos Estados permite a realização do procedimento, razão pela qual a interpretação dada por esses Estados ao artigo 4 da Convenção “está associada ao princípio de proteção gradual e incremental – e não absoluta – da vida pré-natal e à

conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 80).

Na interpretação teleológica, a Corte IDH afirmou explicitamente que a expressão *em geral*, disposta no artigo 4.1 da Convenção, “tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção”, ou seja, “que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 81).

Em resguardo ao “princípio de interpretação mais favorável, a Corte IDH concluiu que a alegada ‘proteção mais ampla’ no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 81). Por fim, reafirmou que “o objetivo e fim da cláusula ‘em geral’ do artigo 4.1 da Convenção é o de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito” e que, no caso em discussão, “basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 83).

Assim, quanto à interpretação do artigo 4.1 da Convenção, a CIDH concluiu que (1) “embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana”; (2) “a ‘concepção’, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederá a aplicação do artigo 4 da Convenção”; (3) pelo uso da expressão *em geral*, “a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 82).

Em seguida, a Corte IDH passou à análise da proporcionalidade por meio da ponderação acerca da (i) “severidade da interferência ocorrida nos direitos à vida privada e familiar e aos demais direitos envolvidos no presente caso”, considerando “o impacto desproporcional relacionado com: ii) a incapacidade; iii) o gênero, [...]; iv) a situação socioeconômica [...]; v)

a controvérsia sobre a alegada perda embrionária” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 86).

Em relação ao primeiro item, a Corte IDH concluiu que a sentença da Sala Constitucional configurou “violação do direito à vida privada e a formar uma família, e do direito à integridade pessoal, tendo em consideração o impacto da proibição da FIV na intimidade, autonomia, saúde mental e nos direitos reprodutivos das pessoas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 86). “De maneira que [...] os casais sofreram uma interferência severa em relação à tomada de decisões sobre os métodos ou práticas que desejavam tentar com o fim de procriar um filho biológico” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 88).

Na análise do impacto desproporcional relacionado com as incapacidades, a Corte IDH alegou que, como a infertilidade é considerada uma doença do sistema reprodutivo pela OMS, trata-se de uma limitação funcional, razão pela qual as pessoas com infertilidade na Costa Rica deviam ser “protegidas pelos direitos das pessoas com deficiência, que incluem o direito de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 92).

Quanto à questão de gênero, a Corte IDH afirmou que “a Sala Constitucional deu prevalência absoluta à proteção dos óvulos fecundados sem considerar a situação de deficiência de algumas mulheres” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 93). Além disso, declarou que, embora homens também possam ter tal deficiência, o impacto negativo sobre as mulheres é desproporcional, e o impacto econômico desproporcional para os casais “que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV no exterior” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 94).

Por fim, na análise acerca da alegada perda embrionária, a Corte IDH aduz que não cabe a ela tratar a fundo matéria que não é de sua *expertise*. Contudo, pelas provas colacionadas entende que a perda de embriões pode ocorrer tanto na reprodução natural como na artificial e, como não há controle da primeira, não se pode considerar a alegada divergência quantitativa de perdas na FIV. Assim, “tendo em consideração as perdas embrionárias que ocorrem na gravidez natural e em outras técnicas de

reprodução que são permitidas na Costa Rica, a proteção do embrião que se busca através da proibição da FIV tem um alcance muito limitado e moderado” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 98).

A Corte IDH concluiu que partir de uma proteção absoluta do embrião sem considerar nem ponderar outros direitos em conflito “implicou uma intervenção arbitrária e excessiva na vida privada e familiar, o que fez dessa interferência desproporcional. Além disso, a interferência teve efeitos discriminatórios” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 98), razão pela qual reconheceu “a violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana”, em detrimento das vítimas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 98).

Passa-se agora a analisar se os argumentos da Corte IDH preenchem os critérios de correção elencados por MacCormick (2010).

Observa-se que a universalidade foi resguardada, pois foram examinados julgados anteriores sobre matérias análogas, e a decisão do caso em análise pode ser aplicada posteriormente a todos que desejem utilizar a técnica para a concretização do seu projeto de procriação e garantia de seus direitos ao exercício autônomo do planejamento familiar. Ressalta-se ainda que a FIV não é usada apenas por pessoas com problemas reprodutivos, mas viabiliza também os direitos reprodutivos daqueles que vivem um relacionamento homossexual ou optam pela constituição de uma família monoparental.

A decisão foi consistente, pois partiu de uma premissa normativa (artigo 4.1 da Convenção) que não entrou em contradição com as demais normas analisadas e validamente estabelecidas. Além disso, incluíram-se na análise as premissas fáticas das vítimas no contexto do problema objeto do julgamento.

A coerência, por sua vez, também foi garantida na decisão, porquanto foi demonstrada a compatibilidade entre as normas analisadas e os princípios e valores comuns das sociedades (americana, europeia e africana), notadamente os referentes ao resguardo da autonomia no planejamento familiar, à liberdade, à igualdade e à vedação de discriminação por incapacidade, gênero ou questões econômicas.

Finalmente, entende-se que a concepção consequencialista de MacCormick foi atingida, pois a decisão da Corte IDH promoveu o direito

das vítimas de exercerem de forma livre e autônoma a escolha sobre constituir suas famílias e de poder fazê-lo por meio do emprego da técnica de FIV em igualdade de condições com as demais pessoas, sem qualquer limitação decorrente de problemas reprodutivos.

Com base no exposto, conclui-se que a decisão em estudo preenche os requisitos de correção de MacCormick, lembrando que o autor não entra no mérito do que foi decidido.

Quanto ao mérito, entende-se que o julgamento em análise envolve temas complexos em relação aos quais não há consenso. Não consideramos corretos/justos os conceitos de concepção e de ser humano que fundamentam a argumentação, como também não é correto/justo deixar sem qualquer proteção o embrião humano produzido em laboratório.

A alegação principal do Estado da Costa Rica para vedar a realização da FIV foi a de que ocorriam muitas perdas embrionárias, o que atentava contra os direitos do embrião. Em relação a esse aspecto, considera-se que a Corte IDH concluiu acertadamente pela permissão do procedimento por ser impossível comparar os percentuais das perdas da FIV às da reprodução natural. Contudo, é importante observar que só foram consideradas as perdas embrionárias decorrentes do insucesso do procedimento de implantação, e não as decorrentes de descarte, nem se abordou o uso de embriões em pesquisas científicas.

Numa análise de proporcionalidade, a infração a direitos dos que pleiteiam o uso da FIV são superiores aos argumentos do Estado para vedá-la. Contudo, o fato de se permitir a FIV não significa que o embrião excedentário não deva e não possa ter direitos ou pelo menos interesses tutelados. Entende-se que o julgado em análise envolve outros argumentos que, embora tenham sido analisados superficialmente, permanecem sem solução uníssona no contexto internacional: a natureza jurídica do embrião excedentário (concebido) e o tratamento que a ele deve ser conferido, considerando a sua inquestionável potencialidade de ser humano. Meirelles (2000, p. 141) salienta que, “reconhecendo-lhe potencialidade de ser humano, impõe-se admitir-lhe dignidade não apenas proporcional ao seu nível evolutivo”.

Os seres humanos já nascidos foram embriões na sua etapa inicial de desenvolvimento, da mesma forma que os embriões de laboratório

podem representar as gerações futuras, sendo inadmissível dissociá-los da proteção à vida e à dignidade humana. É também inadmissível “tratar seres humanos como ‘resultados de empreitada’, ‘produção independente’, ou como ‘filhos de ninguém’ ou, simplesmente, ‘filhos da reprodução assistida’” (Meirelles, 2000).

Mesmo que no contexto atual do ordenamento jurídico vigente não se reconheça o embrião como pessoa, isso não implica nem justifica a sua total desproteção em inadmissível afronta à sua natureza de ser humano.

O embrião humano – que já foi considerado vísceras da mãe – hoje é reconhecido como nascituro, com diversos direitos tutelados e resguardados – alguns para aquisição efetiva após o nascimento com vida. Assim, nada impede que, com a evolução da biotecnologia, reconheça-se que a concepção extrauterina só difere da intrauterina devido ao local onde ocorre a fecundação, o que não pode justificar o total desamparo dos embriões humanos gerados em laboratório. Todavia, como já assinalamos, no Brasil não há lei específica sobre o tema, e a resolução do CFM permite a criopreservação dos embriões excedentários⁷.

Apesar da falta de consenso acerca do momento de início da vida humana e de definição da natureza do embrião gerado em laboratório, não se justifica deixá-lo sem proteção jurídica. Enquanto ele não é reconhecido como (pré)pessoa ou até que se prove que é uma coisa, deve-se considerá-lo um ser viável e, portanto, não se pode desconsiderar sua natureza humana. Com base no princípio do *in dubio pro vita*, deve-se presumir que ele é pessoa (Andorno, 2012). Assim, o embrião excedentário deve ser equiparado ao gerado naturalmente, e os direitos decorrentes do reconhecimento de sua personalidade jurídica, ainda que formal, devem ser resguardados ou, no mínimo, seus interesses tutelados.

Os posicionamentos aqui assumidos não levam à conclusão de que a FIV deveria ser proibida. Em uma análise de proporcionalidade dos direitos em colisão, entende-se que é possível resguardar a autonomia no planejamento familiar de quem, em decisão livre e autônoma, precisa usar essa forma de reprodução ou opta por utilizá-la. Todavia, paralelamente devem-se resguardar os interesses dos embriões excedentários, firmando legislação específica que vede o descarte e o uso desses embriões para pesquisa, bem como tutele seu direito de serem implantados pelos

que os geraram ou doados⁸ a terceiros para implantação. Tal medida compatibilizaria o resguardo da sua dignidade humana, pilar jurídico da nossa Constituição, que reconhece o ser humano como “centro e fim do Direito” (Lora Alarcón, 2004, p. 244). Cricenti (2013, p. 51) afirma que “*la dignità viene oggi vista come un diritto, oppure come un limite all’autonomia privata*”. Assim, como limite ao exercício da autonomia dos pais que buscam as técnicas de RA, urge reconhecer a dignidade (da vida) humana (Habermas, 2004) dos seres gerados por meio delas.

Lopes e Lima (2015) considera a dignidade humana fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, com *status* de norma princípio-regra, pois, se fosse considerada um princípio, estaria sujeita à ponderação segundo o procedimento do “mandato de otimização” (Alexy, 2015) e, conseqüentemente, poderia ser afastada porque não há princípios absolutos. Por outro lado, se fosse considerada uma regra, teria de ter seu conteúdo definido, o que não ocorre.

CONCLUSÃO

A argumentação jurídica é instrumento de análise da correção das decisões judiciais, que exigem justificação/fundamentação como garantia de resguardo dos princípios processuais constitucionais, entre os quais o do devido processo legal, bem como do próprio Estado Democrático de Direito.

Com o propósito de demonstrar a utilidade da argumentação para a correção das decisões judiciais, analisou-se a decisão proferida pela Corte IDH no caso Artavia Murillo e outros (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica à luz da teoria da argumentação de MacCormick, que não considera o mérito do que foi decidido, mas a presença de argumentos linguísticos e sistemáticos e, nos casos difíceis, de argumentos teleológicos e deontológicos que atendam aos critérios da universalidade, consistência, coerência e consequencialidade.

Conclui-se que a decisão analisada observou os critérios de correção propostos por MacCormick ao deliberar que o Estado de Costa Rica que o Estado de Costa Rica infringiu direitos das vítimas quando vetou

por completo o uso da técnica da FIV alegando a infração do direito à vida do embrião concebido. A Corte IDH entendeu que o artigo 4.1 da Convenção Americana não protege o direito à vida do embrião, devendo ser resguardados os direitos dos que optam por fazer uso das técnicas de RA – a autonomia no exercício do planejamento familiar; a igualdade e a vedação de discriminação. Numa análise de proporcionalidade, a infração a direitos dos que pleiteiam o uso da FIV são superiores aos argumentos do Estado para vedá-la.

Porém, ainda que se reconheça a correção da decisão proferida pela Corte IDH à luz da teoria da argumentação de MacCormick, no mérito se entende que o fato de se permitir a FIV não significa que o embrião humano excedentário não deva e não possa ter direitos ou pelo menos interesses tutelados por normas específicas. Assim, como contribuição a pesquisas e reflexões futuras, ressalta-se a necessidade de definir o *status* jurídico do embrião humano gerado *in vitro* para fins de regulamentar sua proteção jurídica compatível com a sua inquestionável natureza humana.

NOTAS

- ¹ Válido salientar que embora não mencionada pelo caso analisado no presente artigo, a ICSI é uma evolução da FIV, pois facilita a fecundação com a introdução mecânica do espermatozoide no óvulo.
- ² “Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo. § 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo. § 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil. § 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor. § 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários. § 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento” (BRASIL, 2003a, p. 6).
- ³ O art. 5º da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24/3/2005 (BRASIL, [2007]) – permite, com o consentimento dos genitores, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões excedentes decorrentes do uso da FIV, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há 3 (três) anos ou mais na data da publicação da Lei ou desde que tenham transcorrido 3 (três) anos contados a partir da data de congelamento quando da publicação da lei. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF foi questionada a constitucionalidade do referido art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, por inobservar “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2008, p. 339). Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu-se pela constitucionalidade do dispositivo, decisão considerada

inaceitável pelos que defendem o direito à vida desde a concepção, independentemente do local onde ela ocorra.

- 4 O princípio da parentalidade responsável é assegurado constitucionalmente no art. 226, § 7º, da CRFB, nos arts. 3º e 4º do ECA e no art. 1.566, IV, do CC, e é conceituado como “a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual, bem como aceitar a orientação sexual dos filhos” (CARDIN, 2015, p. 25).
- 5 As vítimas mencionadas na decisão são: “Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, Maria del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 4).
- 6 Cf. IX Conferência Internacional Americana – Atas e Documentos, vol. VI, p. 248, vol. I, p. 231, 234 e 236.
- 7 V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais. (CFM, Res. 2.294/2021, *online*)
- 8 Incluse, esse termo “doado” é questionável, considerando que se doa coisa e se adota pessoa. Face a inquestionável natureza humana do embrião, mais correto o uso do termo adotado, face sua potencialidade de ser pessoa human.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Teoria & Direito Público).

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

ANDRADE, Denise Almeida de. **Planejamento familiar**: igualdade de gênero e corresponsabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, 1).

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Lima: Palestra Editores, 2015. (Derecho & Argumentación, 2).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **[Projeto de Lei nº 1.184, de 2003]**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003a.

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº [2.061, de 2003]**. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003b]. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº [5.624], de 2005**. Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8D5430C2D6FE73C70706383A49885B20.proposicoesWebExterno2?codteor=322712&filename=PL+5624/2005. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 90, de 1999**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. [Rio de Janeiro: Projeto Ghente, 1999]. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessada: Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CAETANO, João Pedro Junqueira; PEREIRA, Leonardo Matheus Ribeiro; MARINHO, Ricardo Mello; CANÇADO, Marcelo Lopes. **Fertilização *in Vitro***. In: SILVIA, Carlos Henrique Mascarenhas. Manual SOGIMIG de reprodução assistida/ Carlos Hernique Mascarenhas Silva, Sandro Magnavita Sabino, Ines Katerina Damasceno Cavallo Cruzeiro. – 1 ed. – Rio de Janeiro: medbook, 2018, p. 139/143.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução humana assistida e parentalidade responsável**: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português. Birigui: Boreal, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Brasília, DF: Portal Médico, 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica**: sentença de 28 de novembro de 2012. [São José]: Corte IDH, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 30 jan. 2022.

CRICENTI, Giuseppe. **Il sé e l’altro**: bioetica del diritto civile. Firenze: ETS, 2013. (Jura: Temi e Problemi del Diritto, 29).

GRAJALES, Amós Arturo; NEGRI, Nicolás Jorge. **Sobre la argumentación jurídica y sus teorías**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. Revisão da tradução de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. La dignidad humana: ¿principio, regla o artimaña? *In*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (coord.). **El respeto a la dignidad de la persona humana.** Fortaleza: Instituto Brasileiro de Derechos Humanos, 2015. p. 33-50. (Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, 4). Disponível em: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/10/2015f-book.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. **DOXA:** Cuadernos de Filosofía del Derecho, [Alicante], n. 33, p. 65-78, 2010. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2010-n33-argumentacion-e-interpretacion-en-el-derecho>. Acesso em: 22 jan. 2022.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Biblioteca de Teses).

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas Augusto da Silva. Argumentação jurídica como processo de justificação das decisões judiciais: um estudo sobre as contribuições teóricas de Neil MacCormick. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 44-62, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.22711>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22711>. Acesso em: 29 jan. 2022.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida**

HUMANA. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

SANTOS, Vanessa Gonçalves Melo. **A filiação póstuma decorrente do uso das técnicas de reprodução assistida e suas implicações no âmbito do direito sucessório**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional nas Relações Privadas) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420180525090412718448/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 31 – 3 - 2022

Aprovado em: 26 – 12 - 2024

Renata Albuquerque Lima

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2001). Graduação em Administração pela Universidade Estadual do Ceará (2001). Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, ministrando as disciplinas de Direito Empresarial (Falência), Hermenêutica Jurídica e Introdução à Ciência Política. É coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão - FLF. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-CE. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Falimentar, Direito Recuperacional, Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. É líder do Grupo de Pesquisa: Direito, Regulação e Desenvolvimento. Faz parte como pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

Vanessa Gonçalves Melo Santos

Doutoranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestrado em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR Pós- graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará UECE. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Acadêmica dos módulos preparatórios para o curso de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires/ Argentina. Advogada OAB 15787. Docente do Curso de Direito no Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. E-mail: vgmprof@gmail.com

Universidade Estadual Vale do Acaraú

Av. Padre Francisco Sadoc de Araújo, 850
Alto da Brasília, Sobral - CE, 62010-295